FESTGABE FÜR EMIL ZÜRCHER

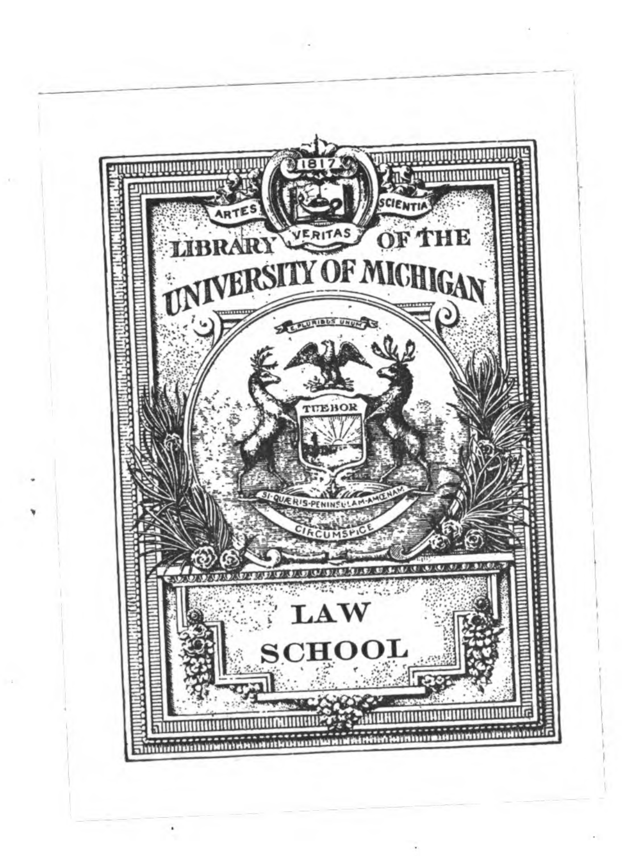
ZU SEINEM SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGE

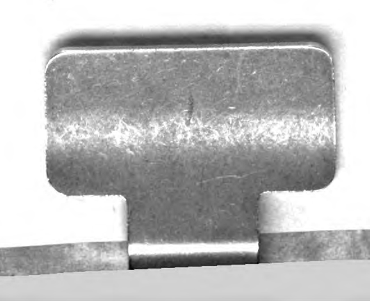
(11. JUNI 1920)

DARGEBRACHT

VON FREUNDEN UND SCHÜLERN

BERN - VERLAG VON STÄMPFLI & Cie - 1920


1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



FESTGABE FÜR EMIL ZÜRCHER

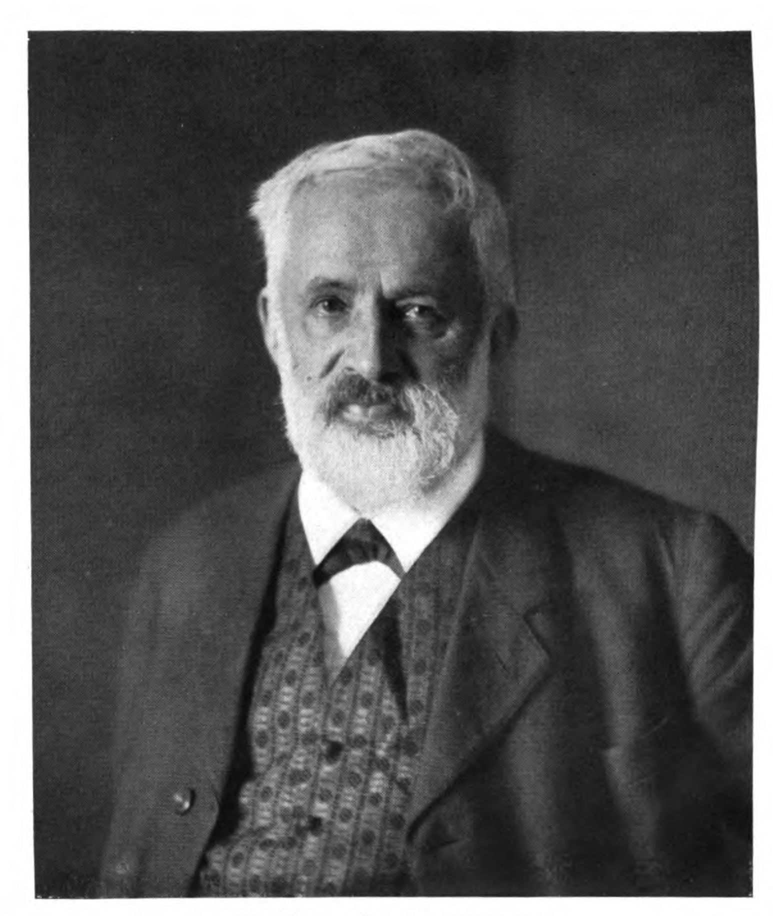
ZU SEINEM SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGE

(11. JUNI 1920)

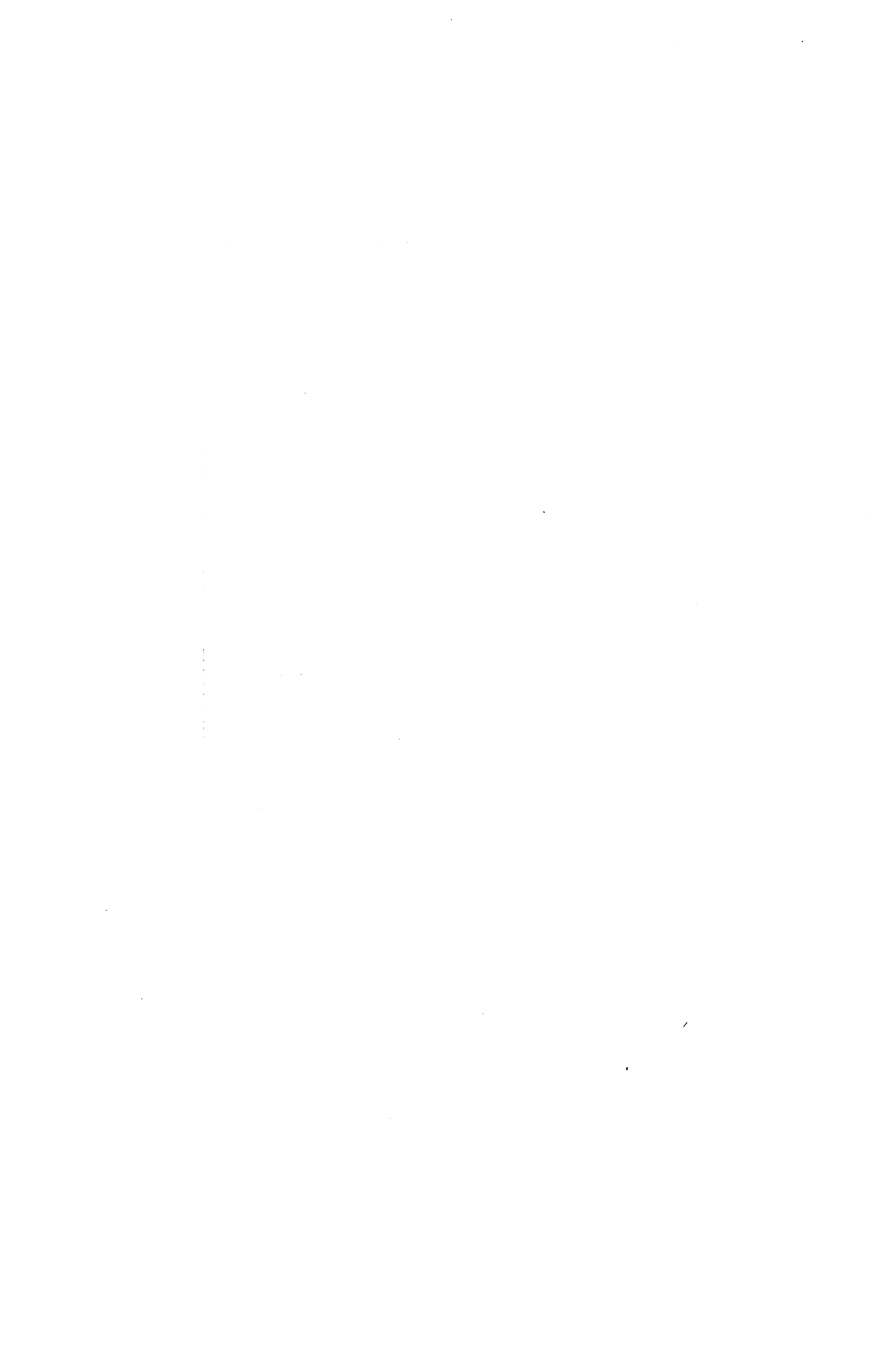
DARGEBRACHT
VON FREUNDEN UND SCHÜLERN

BERN - VERLAG VON STÄMPFLI & CIE - 1920

DRUCK VON STÄMPFLI & CIE



Professor Dr. Emil Zürcher



J1. III. 53.7.8

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Sur l'impunité des actes préparatoires. Par *Alfred Gautier*, professeur à Genève 1

Amnestie. Von Prof. Dr. *Ernst Hafter* in Zürich 21

Die Voruntersuchung im deutschen Strafverfahren. Von Professor Dr. *Ernst Delaquis* in Bern, Abteilungschef im eidg. Justiz- und Polizeidepartement 42

Bemerkungen zum Institut der bedingten Verurteilung. Von Staatsanwalt Dr. *E. Zürcher* in Zürich 62

Der Hamburger Armenfreund Caspar v. Voght in seiner internationalen Wirksamkeit. Von Prof. Dr. *Heinrich Sieveking* in Zürich 73

Über die Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht. Von Staatsanwalt Dr. *Heinrich Zeller*† in Zürich 109

Das sogenannte stellvertretende Strafrecht. Von Privatdozent Dr. *G. F. v. Cleric* in Zürich 128

Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren. Von Privatdozent Dr. *H. F. Pfenninger* in Zürich . 163

Zu Ciceros Lehrstück von der medicina animi. Von Dr. phil. *Ernst Hoffmann* in Berlin-Friedenau 191

Sur l'impunité des actes préparatoires.

Par ALFRED GAUTIER, professeur à Genève.

Je ne veux pas aborder mon sujet sans avoir dit à mes collègues de la Faculté de Zurich combien je leur suis reconnaissant de m'avoir invité à collaborer à l'œuvre qu'ils ont entreprise pour honorer un des leurs. Ils ont pensé à moi, je suppose, comme à un vieil ami du héros de la fête. Ils ont voulu sans doute aussi qu'à ce monument la Suisse romande apportât sa petite pierre, et qu'ainsi la patrie tout entière vînt s'associer à l'hommage rendu à l'un de ses meilleurs enfants.

Je n'ignore pas la sainte horreur que Zürcher éprouve à entendre parler de lui, surtout pour faire son éloge. Qu'il se rassure; je ne suis pas l'homme des panégyriques et d'ailleurs, quelque affection que je lui porte, je dois reconnaître qu'il n'est pas parfait. Au reste, je n'entends énumérer ni ses qualités ni ses défauts. Je sais que c'est un brave cœur et cela me suffit. Ce que je voudrais évoquer ici, c'est le souvenir de notre longue camaraderie, de ces vingt-cinq années de campagne côte à côte pour le Code pénal suisse. D'avant-projet en avant-projet, de session en session, nous avons sillonné les cantons en missionnaires de l'évangile pénal, discutant le matin, faisant des rédactions l'après-midi, et trouvant encore quelques heures par-ci par-là pour parcourir les contrées où le sort nous avait jetés, tout en causant à cœur ouvert, tout en savourant ces petits vins du crû pour lesquels notre septuagénaire ne cache pas sa prédilection patriotique. Durant cette longue lutte où nous n'avons pas épargné nos peines, nous n'étions lui et moi qu'un cœur et qu'une âme, et la conviction de défendre une

cause juste, l'espoir de la victoire finale aussi, nous soutenait aux heures mauvaises. Et si, arrivés au terme de notre effort, nous devons constater aujourd'hui que les perspectives d'avenir ne sont pas riantes, si nous avons perdu un chef aimé, si nous pouvons penser que nous ne verrons ni l'un ni l'autre l'avènement de ce code auquel nous avons donné une large part de notre vie, ne perdons pas courage. Car la certitude nous reste d'avoir combattu le bon combat, la certitude aussi que nos enfants entreront un jour dans la terre promise.

I.

Et maintenant commençons.

Dans le projet suisse figure un article lequel, après maint changement de numérotation, a pris dans l'édition du Conseil fédéral le chiffre 19. C'est le texte relatif à la tentative, et c'est à son propos qu'il m'est venu quelques perplexités. Dans le domaine des degrés de réalisation, le projet a surtout innové par ses prescriptions sur le délit impossible, et la commission d'experts n'a guère discuté que sur ce point. Pour fixer le moment à partir duquel la réalisation fragmentaire d'une infraction devient punissable, l'article 19 ne sort pas des sentiers battus. Il exige un commencement d'exécution. C'est la méthode usuelle et très généralement approuvée. Or, cette formule lapidaire ne serait-elle pas un simple trompe-l'œil? Ne voile-t-elle pas, sans les résoudre, des difficultés sérieuses? Ne donne-t-elle pas lieu, dans la pratique, à des décisions discordantes? Telles sont les questions que je me posais dès longtemps, quand un cas typique est venu tout récemment donner plus d'acuité à mes doutes.

Au reste, voici les faits [1]:

En octobre dernier, un Sieur Chappe, marchand de vins, conversant avec la veuve Panchaud, propriétaire du Café suisse au Bourg de Four (Genève), lui faisait connaître qu'il devait sous peu se rendre à Gland (Vaud) pour y effectuer un important achat de vin nouveau.

---

[1]) Je les extrais de la Tribune de Genève, numéro du 27 octobre 1919.

Le lendemain de cette entrevue, la veuve Panchaud recevait la visite de son frère Adolphe Oechslin, tessinois, expulsé de France et sous mandat du juge de Montbéliard pour abus de confiance et coups et blessures.

La sœur mit le frère au courant des projets du marchand de vins. Sur quoi le repris de justice répondit: Ne t'inquiète pas, laisse-moi faire, on l'aura!

Le lendemain, Oechslin s'abouchait dans une maison de tolérance avec un nommé Bollinger, schaffhousois, et les deux malandrins réglaient d'un commun accord les détails de l'entreprise. On surveillerait Chappe à son départ de la gare de Cornavin, on monterait dans le même train que lui, on le suivrait à sa descente et, une fois en pleine campagne, le «travail» commencerait. Jeter du poivre dans les yeux de la victime, lui faire ingurgiter du chloroforme et au besoin jouer du couteau, tel était le plan des opérations.

Par un hasard qu'il doit bénir aujourd'hui, Chappe ne se réveilla pas à temps pour prendre le premier train du matin. Il gagna Versoix par le tramway électrique et de là continua pédestrement sur Gland. Pendant ce temps les conjurés guettaient toujours à la gare de Cornavin.

Or la police de sûreté avait eu vent de l'affaire. Elle fila les deux acolytes, les appréhenda et les fit écrouer aux violons du Palais de Justice. On trouva en leur possession un cornet de poivre, un flacon de chloroforme et un solide couteau à cran d'arrêt. Interrogés par le commissaire de police, ils avouèrent qu'ils avaient décidé de dévaliser Chappe en employant à son égard les «procédés modernes». Au cours de l'interrogatoire, Oechslin reconnut avoir commis en septembre à Genève un vol d'espèces assez important; il reconnut en outre être expulsé de France et sous mandat du juge d'instruction de Montbéliard. Enfin, en bon frère, il déclara que c'était sa sœur qui avait indiqué le coup à faire. Sur quoi la police a procédé à l'arrestation de la veuve Panchaud et, après nouvel interrogatoire, le trio a été conduit à la prison de St-Antoine.

Et le journal que je cite termine par ces lignes un peu désabusées:

«Que décidera le procureur général dans cette sinistre tentative de banditisme?

Le code pénal genevois ne punit pas l'intention et, en l'occurrence, il n'y a pas eu commencement d'exécution.

Prenons néanmoins de sérieuses précautions et débarrassons-nous, si on ne peut les poursuivre, de bandits tels que ceux que la police vient de mettre en lieu sûr. »

II.

En lisant ce récit, un élève de première année diagnostiquerait sans effort l'acte préparatoire. Or, après tant d'autres, nous enseignons et proclamons du haut de la chaire que cette ébauche de délit n'a ni certitude ni gravité suffisant à légitimer la répression.

Nous appuyons cette solution sur des raisonnements fort bien déduits. D'abord, disons-nous, l'acte préparatoire, au moins à l'état pur, est susceptible d'interprétations diverses. On ne sait à quoi il aboutira. Après lui, une bifurcation reste ouverte, tendant par une branche à des actes licites, par l'autre à des agissements criminels. Cet acte a donc un caractère équivoque. C'est ainsi que l'acheteur d'un revolver peut vouloir s'en servir pour tuer qui le gêne, mais il peut aussi se proposer d'assurer sa défense personnelle. Donc, entre l'acte préparatoire et l'infraction, il n'y a pas de relation nécessaire; le criminel possible doit bénéficier du doute.

D'autre part, et même s'il était établi que, dans la pensée de l'agent, ces préparatifs sont bien le prologue d'une activité criminelle, les arguments ne manqueraient pas pour plaider non-coupable. Raison de justice d'abord: il n'est pas certain qu'un revirement ne se serait pas produit; ne frappons pas celui qui peut encore s'abstenir. Raison d'utilité ensuite: si vous punissez l'acte préparatoire, son auteur se trouve poussé à aller de l'avant pour tirer au moins quelque avantage de l'affaire; cette sorte d'incitation jure avec une saine politique criminelle. Raison de logique enfin: l'exécution n'est pas commencée, le lieu causal est trop ténu, ces actes sont trop loin du délit.

Ainsi pontifie la doctrine, notamment en terre latine [1]), et le législateur a paru trouver le plaidoyer convaincant, puisque

[1]) Voir *Faustin Hélie,* Théorie du code pénal, I, p. 386 et suiv., 406 et suiv., et *Haus,* Principes de droit pénal belge, I, p. 337—338.

aucun code suisse[1]), et, à une seule exception près, aucune législation étrangère n'incrimine la seule préparation[2]). Comme les autres, le projet suisse (art. 19) s'en tient au commencement d'exécution; bien plus, dans ses premières éditions, il posait en termes exprès l'impunité de l'acte préparatoire. Dans la commission d'experts, aucune voix ne s'est élevée pour mettre en doute le bien-fondé de cette solution.

Je ne suis pas sans savoir que la nature de l'acte préparatoire est incertaine, que la limite entre lui et l'acte d'exécution est malaisée à tracer. Si j'écrivais un manuel, l'occasion serait belle pour prendre parti dans la querelle des systèmes et, qui sait, pour ajouter une formule de plus à toutes celles que les doctrinaires ont inventées[3]). Si les théories dites subjectives trouvaient auprès des tribunaux la faveur dont elles paraissent dignes, nul doute que nos bandits ne subissent le châtiment qu'ils ont mérité. Mais, dans les pays surtout où le code subordonne expressément la répression au commencement d'exécution (et c'est le cas du code pénal genevois, article 5), la jurisprudence, s'orientant vers la face externe du délit, s'en tient à la nature de l'acte, sans tenir compte du dessein même manifeste[4]). Elle tend à reléguer dans le tiroir des faits non

---

[1]) A première vue, les codes des Grisons (25) et d'Argovie (23) paraissent englober l'acte préparatoire dans la tentative punissable. Pour eux, la tentative est constituée par tout acte extérieur tendant à l'exécution effective. Mais il semble qu'il n'y ait là qu'une définition imprécise et maladroite des actes d'exécution proprement dits. Car Argovie (25) dispose expressément que l'acte préparatoire n'est pas punissable. Au reste, le texte argovien est calqué sur le code pénal d'Autriche. Or la doctrine autrichienne, en l'absence même de toute disposition sur l'acte préparatoire, se prononce pour son impunité. Voir *Stooss*, Lehrbuch, I, p. 118, *Stooss,* Der Anfang des Versuchs; voir aussi *Frank,* Darstellung, V, p. 181.

[2]) Reste naturellement réservé le cas où l'acte préparatoire constitue lui-même un délit. Mais c'est alors ce délit qui est puni et non la préparation d'une autre infraction (voir Vaud [38], Argovie [25] etc.). Sont réservés aussi les délits pour lesquels le législateur a cru devoir tracer une limite spéciale, notamment les délits contre l'Etat (complot, Unternehmen).

[3]) Voir notamment *Frank,* loc. cit., p. 180 et suiv.

[4]) Voir deux arrêts du Tribunal impérial (vol et bigamie) cités par *Frank,* loc. cit., p. 183. La jurisprudence française exposée par *Garçon*

punissables tout ce qui n'est pas réalisation d'un des éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi fera, je suppose, l'autorité genevoise car, en bonne logique, l'attente dans une gare peut difficilement passer pour un acte d'exécution. On va donc relâcher ces gens-là, ceux du moins qui ne seront pas retenus pour autre cause; je présume qu'on leur restituera poivre, chloroforme et couteau à virole; peut-être leur fera-t-on quelques excuses pour les avoir arrêtés indûment, et si notre législation instituait une action en réparation pour privation de liberté sans motifs suffisants, rien ne les empêcherait de demander des dommages-intérêts à l'Etat. Nous voilà bien protégés!

Le projet suisse du moins, à supposer qu'il fût en vigueur dans sa teneur actuelle, assurerait-il une défense meilleure? Pas par son article sur la tentative (19), à moins de supposer le Tribunal fédéral se ralliant résolument aux doctrines subjectives, et reculant le point à partir duquel la répression commence. Mais c'est là pure hypothèse et rien ne nous autorise à penser que les juges de Lausanne interpréteraient le terme « commencement d'exécution » plus largement que ne l'ont fait les juges de Leipzig ou d'ailleurs.

Rien à tirer non plus de l'article qui prévoit le cautionnement préventif (54). Sans parler ici des difficultés auxquelles se heurtera toujours cette prescription, notamment l'insolvabilité de l'accusé, il est certain qu'en l'espèce nos bandits n'ont proféré aucune menace à l'adresse de la victime visée. Ils s'en seraient bien gardés, puisqu'ils comptaient la prendre par surprise. Le juge, n'ayant reçu aucune requête, n'aurait pu exiger aucune sûreté. Ce texte est sans application dans notre cas.

(Code pénal annoté p. 19) paraît fixée dans le même sens, sans offrir des espèces aussi typiques. Observons d'ailleurs que la Cour de cassation française a constamment jugé que les chambres d'accusation et les tribunaux étaient souverains pour décider si un fait donné constitue ou non un acte d'exécution. C'est là une question de fait pour la solution de laquelle la cour suprême n'a pas compétence. — A Genève, en revanche, un très ancien arrêt correctionnel a condamné pour tentative de vol un individu pour le seul fait d'avoir ouvert, pour y pénétrer, la porte d'un atelier où il n'avait que faire. Cet arrêt n'a d'ailleurs pas grande portée juridique, le jury s'étant sans doute laissé influencer par les antécédents fâcheux du personnage. Non qu'à mon sens le jury ait eu tort de condamner, mais il serait chimérique de voir là une décision raisonnée.

Même solution négative pour l'article 113 qui parle de la mise en danger de la vie d'autrui. Ce n'est pas pour des éventualités de ce genre qu'il a été inséré au projet. D'ailleurs son texte exige un danger de mort imminent. Or, non seulement il n'est pas établi que les malandrins en voulussent à la vie de Chappe, mais encore le péril, si tant est qu'il ait existé, n'a jamais été immédiat. On peut même soutenir que, concrètement, le marchand de vins trop expansif n'a couru aucun risque. A lire le récit des événements, on constate que ce personnage aurait pu être mis en péril s'il n'avait pas manqué le train. Ce danger au second degré n'a aucun rapport avec le péril prévu à l'article 113.

Sur un seul point le projet suisse marquerait un léger progrès. Son article 55, lequel prévoit la confiscation d'objets dangereux, notamment d'objets qui devaient servir à commettre un délit, et cela en dehors de toute poursuite effective, cet article aurait permis de faire main basse sur les engins suspects découverts lors de l'arrestation, au lieu de les rendre à leurs propriétaires pour la prochaine occasion.

Cet examen montre que les inculpés, si tant est qu'on puisse les nommer ainsi, ont d'après la loi existante et garderaient sous la loi future les meilleures chances d'échapper au châtiment. Reste il est vrai l'échappatoire de l'expulsion administrative [1]. Mais, s'agissant de Suisses, encore faudrait-il, de par la Constitution fédérale, qu'ils eussent été antérieurement condamnés à réitérées fois pour délit grave. Triste procédé d'ailleurs, que celui qui consiste à gratifier un canton voisin d'hôtes essentiellement indésirables.

Alors l'impunité? Et pourtant combien paraissent pauvres, à la lueur des faits de l'affaire, les raisons classiques pour ne pas punir que je rappelais plus haut! A qui fera-t-on croire, qu'au cas où Chappe serait sous leurs yeux monté en wagon, Oechslin et Bollinger, deux déterminés coquins, touchés soudain par la grâce d'en haut seraient sagement rentrés à domicile pour assaisonner la salade avec leur poivre et calmer

[1] Dans le code pénal genevois, l'expulsion judiciaire ne figure (art. 10) qu'en cas de conversion d'une partie d'une peine d'emprisonnement. Le projet suisse (art. 52) ne l'admet qu'en tant que peine accessoire à une privation de liberté; de plus elle n'est applicable qu'aux étrangers.

une rage de dents avec leur chloroforme? Les propos tenus, les préparatifs faits, le guet à la gare, l'aveu devant l'autorité, tout démontre qu'ils étaient décidés à marcher. La «temibilità» des acteurs du drame est archiprouvée. Il n'y a pas une chance sur cent mille pour qu'ils fussent restés en route; faut-il les faire bénéficier de cette éventualité presque chimérique? N'y a-t-il pas naïveté, duperie même à s'obstiner, comme prêchent les anciens criminalistes, à présumer le repentir [1])?

D'autre part, je me refuse à admettre qu'il y ait entre les actes faits et les actes à faire cet abîme dont on a tant parlé. Le lien causal est visible à l'œil nu. Les préparatifs ne s'expliquent que par le coup à tenter. Bref, ces gens là sont redoutables non pour ce qu'ils sont seulement, mais aussi par ce qu'ils ont fait.

Soyons francs avec nous-mêmes. Reconnaissons que si nous renonçons à punir ces sinistres personnages, ce n'est pas que nous espérions une volte-face de leur part, ce n'est pas non plus que leurs agissements nous paraissent avec le délit dans un rapport trop lointain. C'est tout simplement parce qu'un accident s'est produit, lequel, rompant le cours des choses, a mis échec à l'application de la loi telle qu'elle est faite ou telle nous la comprenons. Notons que cet accident n'était ni prévu par les criminels en espérance, ni surtout désiré par eux, et constatons sans fierté que nous primons le simple hasard.

III.

A cette indulgence, il est assez déconcertant d'opposer la rigueur que déploient lois et tribunaux pour assurer la répression de certains faits qui, tant par leur gravité intrinsèque que par la qualité de leurs auteurs, paraissent moins dangereux que ceux dont j'ai fait le récit.

[1]) Ainsi *Faustin Hélie,* loc. cit., p. 387. «La loi doit supposer le repentir et ne pas le repousser.» D'autre part, dès que l'exécution est commencée, il y a présomption que l'auteur aurait agi jusqu'au bout s'il avait été laissé à lui-même. — Donc deux présomptions successives et inverses, le renversement étant marqué par le premier acte d'exécution. Pour qui pense aux difficultés dans lesquelles on se débat dès qu'on veut marquer le moment précis où l'exécution commence, la théorie qui place à cet instant le point de départ d'un dessein désormais irrévocable apparaît dans toute sa fragilité.

Un premier exemple nous est fourni par le délit impossible quant au moyen, à l'égard duquel la jurisprudence contemporaine, tant en France qu'en Allemagne, s'est orientée vers la sévérité, et que le projet suisse (art. 20) punit en termes formels. Ce délit se présente sous deux formes. Tantôt son auteur use d'un procédé qu'il juge à tort apte à produire le résultat désiré (il administre une substance inoffensive qu'il croit être toxique), tantôt, par simple inadvertance, il use d'un procédé autre que celui qu'il voulait employer (il donne du sucre en croyant donner de l'arsenic). Dans le premier cas, l'erreur porte sur l'efficacité du moyen; dans le second, sur son identité. Mais, qu'on prenne l'une ou l'autre éventualité, le résultat est égal à zéro; ni dommage, ni alarme. Si donc l'on punit, c'est qu'on estime que ces gens sont dangereux malgré leur maladresse; c'est surtout qu'on pense qu'à les laisser faire, ils recommenceraient sur nouveaux frais en prenant soin de corriger l'erreur première. La répression se fonde sur des raisons d'ordre strictement subjectif.

Dans l'aventure qui nous occupe, les bandits ont à l'inverse choisi des moyens éminemment propres à produire l'effet voulu. Ils avaient sur eux tout ce qu'il faut pour aveugler, pour stupéfier, pour tuer au besoin.

C'est alors que, dans les deux cas, interviennent les facteurs imprévus, formes diverses du hasard. Dans le délit impossible, ils n'entravent pas l'activité criminelle, mais ils la font dévier, ils l'aiguillent sur une voie sans aboutissement. Dans le délit resté à l'état de préparation, ils font avorter cette activité dans son germe. En ressort-il qu'il faille dans un cas punir et fermer les yeux dans l'autre? La présomption de rechute qu'on établit pour le premier doit-elle être écartée pour le second? Les bons ouvriers du crime, ceux qui ont tout calculé et qui n'auront pas même à changer leurs batteries pour la prochaine attaque, ceux-là seraient-ils vraiment moins à craindre pour l'avenir que les maladroits gâcheurs d'ouvrage?

Plus probante est la leçon à tirer du vagabondage. On sait que cette infraction, prévue dans presque tous les codes[1]),

---

[1]) Le code pénal genevois ne punit pas le vagabondage en soi. Après l'avoir défini, il se borne à l'ériger en circonstance aggravante pour cer-

est constituée par le défaut de domicile, de profession et de moyens de subsistance. En soi, cet état n'a rien qui appelle une répression. Affirmer le contraire, serait proclamer que l'indigence est un délit. Tout au plus pourrait-on reprocher à ces miséreux de n'avoir pas fait effort pour améliorer leur condition, de n'avoir pas sérieusement cherché de l'ouvrage. Mais on ne punit pas non plus la paresse. Et pourtant, le vagabondage est dénoncé partout comme une plaie sociale et le projet suisse permet d'appliquer la mesure de l'internement à long terme à ceux qui, pour ce seul fait, auront subi de nombreuses peines privatives de liberté (art. 40 et 332). C'est que l'expérience a prouvé que le vagabondage est un état dangereux, que la pente entre lui et le crime est glissante. On se plaît à le comparer à une pépinière de malfaiteurs. D'accord, mais remarquez que cette incrimination d'un état tenu pour dangereux repose surtout sur une présomption. Tant qu'il se borne à errer de lieu en lieu en regardant travailler les autres, le vagabond est incommode, inquiétant peut-être, mais il n'a rien fait, il n'a rien projeté qui soit à proprement parler punissable. On le frappe donc en tant que criminel probable. La présomption n'est d'ailleurs pas infaillible. Certains chemineaux incoercibles, certains fanatiques du grand air, après une longue carrière de nomades, sont restés honnêtes ou du moins inoffensifs. Je ne plaide pas leur cause. Je pose cette seule question : si vous punissez le vagabond étiqueté d'office comme graîne de bagne, de quel droit laissez-vous courir des chenapans qui, par des actes concluants, ont montré qu'ils sont mûrs pour le crime ?

Mais la comparaison la plus frappante est celle qu'on peut établir entre l'acte préparatoire, celui surtout dont le hasard seul a déjoué les effets, et certains délits de simple mise en danger. Prenons pour type le faux en écritures. Ne recherchons pas si la confection d'une pièce fausse est, en soi, un acte préparatoire ou un acte d'exécution ; nous savons trop com-

---

tains délits (violation de domicile, violences légères, art. 244 et 247). En outre, l'état de vagabondage constaté rend punissable le simple port de faux papiers de légitimation, d'armes ou d'instruments d'effraction ; le vagabondage est donc un élément constitutif de ces infractions (art. 246).

bien le triage est malaisé. Bornons-nous à constater que la loi a tranché la question et que cette seule création d'un titre mensonger est incriminée partout. Le code pénal français et ses satellites en font un délit sui generis, consommé déjà par le fait d'écrire. Ailleurs, on n'y veut voir qu'une tentative punissable, l'infraction n'étant parfaite que par l'usage du faux. Partout, on justifie la répression par l'argument que voici: la seule existence du document fait naître un danger. Car pourquoi ferait-on un faux si ce n'est pour en tirer profit? L'écrivain ne voudra pas avoir travaillé pour la gloire. Ah! si l'on pouvait penser que la pièce restera inemployée, sa confection serait sans portée juridique. Mais cette création fait germer dans l'esprit du fabricateur la tentation irrésistible de faire usage de son produit.

Ainsi le danger n'existe que si, du fait d'avoir dressé l'acte, on induit le dessein de s'en servir. En d'autres termes, nous voici en face d'une nouvelle présomption d'activité criminelle. Mais si l'on tient cette présomption pour irréfragable, si l'on admet que quiconque, dans un dessein criminel ou même louche, a créé une pièce fausse, est irrévocablement condamné à en tirer parti, que devient le dogme du revirement possible et comment justifier l'impunité de l'acte préparatoire ordinaire? Car enfin, entre la confection d'un titre et son emploi, il y a autant de distance, autant de place pour un retour en arrière, qu'entre les préparatifs d'une infraction quelconque et sa consommation. Je comprends mal pourquoi ce qui est punissable en matière de faux resterait licite en matière de vol ou de meurtre..

Voici par exemple qu'on arrête devant une porte un personnage nanti d'une trousse de cambrioleur. Il n'a pas fait un seul acte d'exécution, soit, mais que venait-il faire là? Pourquoi s'est-il pourvu de ces engins, pourquoi les a-t-il sur lui, sinon pour fracturer la serrure? Pourquoi la fatalité qui pesait tout à l'heure sur le faussaire en herbes cesserait-elle de planer sur le voleur dûment outillé? Une pince-monseigneur n'est-elle pas plus compromettante, plus révélatrice d'un projet arrêté, que ne l'est une simple paperasse?

Qu'on ne s'y méprenne pas. Je ne suis pas assez déraisonnable pour réclamer l'impunité du délinquant qui s'est servi

de moyens inefficaces, encore moins celle du vagabond ou du faussaire. Il me paraît seulement qu'en cherchant à nous garer contre des risques possibles, parfois imaginaires, nous oublions un danger certain et imminent. Un peu comme un général assiégé qui accumulerait ses troupes derrière les parties les plus solides du rempart, laissant dégarnis les points vulnérables.

Raisonnons un instant sur la menace. Les codes classent ce délit de diverses façons[1]), mais on ne peut guère hésiter sur le motif qui conduit à l'incriminer. C'est contre une atteinte à la sécurité personnelle que le législateur a voulu nous garantir. Le danger que le menacé sent ou croit sentir planer sur lui altère le confort de son existence, et cette inquiétude acquiert parfois un degré d'acuité qui rend la vie intenable. Or, s'il est indéniable que l'acte préparatoire contient une menace implicite, comme elle n'arrive à son adresse qu'alors qu'elle est déjouée, le trouble qu'elle cause a un caractère plutôt rétrospectif. En l'espèce, Chappe n'a connu le risque qu'en apprenant comment il y avait échappé.

En revanche, le danger que fait naître l'acte préparatoire est réel; celui que crée la menace est souvent illusoire. C'est si vrai, que le dessein de mettre la menace à exécution n'est jamais exigé; aucune loi n'en fait un élément constitutif du délit. Il suffira donc que le menacé se soit cru ou ait pu se croire en péril pour que sa joie de vivre soit gâtée, pour qu'il porte plainte et pour que la justice intervienne. Or nul n'ignore que la proportion des menaces en l'air, des simples fanfaronnades est formidable. Si bien qu'il suffirait que la pseudo-victime réagît avec quelque énergie, qu'elle montrât les dents, pour que tout rentre dans l'ordre. Pour comprendre que certaines forfanteries puissent être prises au sérieux, il faut se remettre

---

[1]) Pour n'en citer que trois exemples, le code pénal genevois (231 et suiv.) range la menace dans les délits contre la sécurité publique; le projet suisse (155) la place dans les délits contre la liberté; le code pénal français (305 et suiv.) la fait figurer parmi les délits contre les personnes. Le caractère individuel du trouble causé fait douter de la justesse du premier procédé. D'autre part, la liberté de se déterminer n'est restreinte à proprement parler que si la menace est conditionnelle. Enfin, c'est faire beaucoup d'honneur à cette infraction que de l'intercaler, comme a fait le législateur français, entre le meurtre et les lésions corporelles.

en mémoire la dose de pusillanimité dont la providence nous a gratifiés. Il s'ensuit que dans nombre de cas, le juge est mis à contribution pour rassurer un couard contre un risque qu'il n'a pas couru.

Celui au contraire qui fait emplette d'un revolver dans le dessein de tuer, celui qui promène un attirail de fausses clés, celui-là ne se répand pas en paroles. Il ne met pas sa victime en garde contre ses propres menées; il se borne à agir et rien ne prouve qu'il n'agira pas jusqu'au bout.

J'admets qu'on punisse la menace patente; je comprends moins qu'on néglige la menace latente dont seul un cas fortuit a empêché la réalisation.

Un dernier argument, une dernière comparaison. Ces jours derniers, une lectrice du fait-divers que je commente, une femme qui ne prétend pas connaître les choses du droit, mais qui jouit d'un robuste bon sens, m'a posé la question suivante: Comment concilier l'impunité probable dont bénéficieront ces bandits, avec la répression quotidienne de faits dépourvus de toute gravité? Ainsi parla la conscience populaire. Que pouvais-je répondre, sinon: On punit d'une part parce qu'il y a des textes formels, on tolère d'autre part parce qu'il n'y en a pas. Si mon interlocutrice avait su le latin, j'aurais ajouté: nulla poena sine lege. Je dois convenir que mon explication ne l'a point rassurée; j'ajoute qu'elle ne me satisfait guère moi-même. Car alors se pose un autre problème, celui précisément dont je cherche la solution: Cette ardeur à poursuivre les uns, ce laisser-aller vis-à-vis des autres, cette différence de traitement est-elle justifiée?

Le doute, qui naît déjà à propos des délits très légers, croît et embellit dès qu'on se met à philosopher sur la répression des contraventions de police. Le cycliste qui roule sur le trottoir parce que la chaussée est boueuse, le consommateur qui laisse choir sur le sol un centimètre carré d'écorce d'orange, ces malfaiteurs au petit pied se voient dresser procès-verbal par les agents de la force publique, et cela pour simple désobéissance au règlement. Ils auront beau faire valoir, le premier que le trottoir était désert, le second qu'un balayeur était à deux pas, prêt à recueillir la pelure dans sa poubelle, ils n'en seront pas moins mis à l'amende. Pourquoi?

parce que l'expérience a prouvé que ces agissements pouvaient avoir des suites fâcheuses. Danger possible! On condamne pour enseigner la prudence. A merveille; je regrette pourtant que nous nous relâchions ailleurs de ce sérieux mis à punir des bagatelles. Nous capturons soigneusement le fretin tandis que de plus gros poissons rompent les mailles. A choisir entre deux maux, je préférerais que les règlements soient moins stricts pourvu que la loi fût plus précise.

IV.

Jusqu'ici, je me suis efforcé de démontrer qu'il s'est produit dans notre législation pénale, ou dans son application, une fissure au travers de laquelle des attaques dangereuses peuvent se glisser. Je voudrais rechercher maintenant comment cette fente pourrait être bouchée. Mais je pressens une objection: A quoi bon, dira-t-on, vous échauffer à propos d'une aventure dont le caractère exceptionnel semble exclure la réitération? Vous raisonnez sur un cas et vous avez beau jeu à le faire, car, eussiez-vous forgé vous-même cet exemple, il ne saurait être plus favorable à votre thèse. Mais rien ne dit que vos bandits trouveront des imitateurs. On ne refait pas la loi à raison d'un fait isolé, si probant soit-il.

Je réponds: Pour caractéristiques que soient les faits exposés, rien n'autorise à penser qu'ils demeureront à l'état d'exemplaire unique. Bien plus, des cas analogues ont souvent occupé la justice. Le tribunal de Leipzig a jugé non-punissable le fait d'un individu trouvé sur les lieux muni d'instruments d'effraction et de sacs pour le transport des objets à voler. *Frank,* qui relate cet arrêt, remarque que sa date est ancienne. D'où il infère que les cas de même nature ont dès lors été jugés dans le même sens. Croit-on que ces choses ne se passent qu'en Allemagne? D'autre part, les récits d'incendiaires surpris sur place, d'empoisonneurs arrêtés chez la victime visée et pourvus d'un vigoureux toxique, tout cela n'est pourtant pas pure légende.

Mais à quoi bon multiplier les exemples? Il y a mieux encore à riposter et c'est ceci: même prouvée, la rareté d'un fait n'est pas un motif déterminant pour l'exclure de la liste des actes punissables. Cette assertion est prouvée par l'expé-

rience. Parcourez les codes pénaux; combien d'articles restés lettre morte! De ce que, depuis la promulgation de notre code pénal, soit depuis près de cinquante ans, aucune poursuite n'a été exercée à Genève pour délits contre l'Etat, ni pour abus d'autorité, faut-il conclure que les articles visant ces infractions (sans parler des autres), doivent être biffés sans miséricorde?

Il semble donc bien qu'il y ait quelque chose à faire, mais quoi? Faut-il se cramponner à la notion du commencement d'exécution? Convient-il, au contraire, constatant que cette formule a fait faillite, de la remplacer par une règle plus large et d'application plus aisée?

Mais avant de chercher la solution, il importe de se mettre au préalable d'accord avec soi-même, il faut savoir au juste ce qu'on se propose de réprimer quand on punit des actes qui ne sont qu'un fragment de délit.

Pour ceux qui, se tenant à l'extérieur des choses, exigent une sorte de fait accompli, pour ceux surtout qui restreignent la répression au cas où la réalisation d'un des éléments constitutifs de l'infraction peut être constatée, pour ceux-là la formule traditionnelle est amplement satisfactoire. Ils ne souffrent pas de ses imperfections; ils ne sauraient s'émouvoir si des cas dans le genre du nôtre demeurent impunis.

Pour ceux au contraire qui pensent qu'en dehors de l'acte lui-même il faut tenir compte: d'une part et du côté objectif, des effets que cet acte a pu produire, notamment du trouble qu'il a causé; d'autre part et du côté subjectif, de la mentalité révélée par l'auteur de l'acte; pour ceux-là il est clair que la répression doit être possible avant l'exécution au sens strict, au sens jurisprudentiel du terme. Il est clair aussi que ni les vauriens récemment arrêtés à Genève, ni ceux qui leur ressemblent, ne devraient rester indemnes. On doit les punir pour ce qu'ils ont fait, pour l'alarme qu'ils ont répandue; on doit les punir pour ce qu'ils sont, pour ce qu'ils ont montré qu'on pouvait craindre d'eux.

Reste, pour ceux qui se rangent dans ce dernier parti, et j'en suis, reste à trouver comment la répression serait le mieux assurée. On peut hésiter entre deux voies:

1° Remanier, en les élargissant, les textes de la partie générale qui traitent des degrés de réalisation. Ne plus bâtir

sur le commencement d'exécution comme sur la pierre angulaire de tout l'édifice. Conserver ce critère pour autant qu'il est utilisable et même commode, soit pour la tentative proprement dite. Mais marquer de façon nette que la limite extrême est plus en arrière, que certains actes sont punissables bien qu'antérieurs à cette phase.

En droit positif, je ne trouve qu'un seul représentant de cette tendance. C'est le code du Danemark, dont l'article 45 est ainsi conçu:

« Celui qui aura commis un acte tendant à favoriser (befördern) ou à réaliser la commission d'une infraction sera, si l'infraction n'a pas été commise, puni pour tentative [1]. »

Cette façon de formuler n'est pas sans inconvénient. Elle met l'accent sur l'action seule, laissant dans l'ombre celui qui agit. Elle est aussi par trop compréhensive, car, appliquée à la lettre, elle englobe dans la répression tous les actes préparatoires en bloc, même les plus lointains, même les plus équivoques, l'achat d'une arme par exemple. Enfin elle confond dans une même répression obligatoire l'acte qui rend l'infraction possible et l'acte qui en commence l'exécution.

Il faut donc chercher mieux et, restant sur la base du projet suisse, je me hasarde à proposer la rédaction suivante qui pourrait être ajoutée comme second alinéa à l'article 19:

« Le juge pourra punir celui qui, par des actes, aura manifesté le dessein de commettre un délit, pourvu que ces actes aient causé un trouble ou qu'ils démontrent que leur auteur est dangereux. La peine du délit sera atténuée. »

Ce texte sépare nettement les actes préparatoires d'avec la tentative, pour la répression de laquelle la formule classique est conservée. En outre, mais ce point peut être discuté, j'ai préféré ne donner au juge que la faculté de punir; soit que je tienne pour excessive la répression imposée de faits aussi lointains, soit que toute règle me paraisse heureuse qui permet au juge de faire acte d'indépendance et de perspicacité. D'autre part, j'ai tenu à marquer les limites à l'intérieur desquelles le juge pourra faire usage de ce pouvoir de punir. Un triage

[1]) Je traduis la traduction allemande donnée par *Frank,* loc. cit., p. 179.

parmi les actes préparatoires me tient à cœur; nombre d'entre eux sont sans importance et je ne voudrais pas qu'on frappât sans savoir pourquoi. J'offre donc au juge l'option entre un critère objectif, l'effet d'alarme produit par l'acte, et un critère subjectif, la « temibilità » prouvée de l'agent.

Un autre avantage du texte proposé, c'est de supprimer l'éternelle objection soulevée contre la répression des actes préparatoires: Est-il établi, est-il même vraisemblable que l'exécution aurait suivi les préparatifs? l'aveu même est-il pleinement rassurant à cet égard? ne devons-nous pas tenir le revirement pour possible? — Ici le juge n'aura pas à scruter ce problème, d'ailleurs insoluble. Si l'acte commis est générateur de trouble, il suffit par lui-même, avec ou sans présomption de persistance. Si l'auteur de l'acte est dangereux, on tient cette présomption pour fondée. Notons que cette méthode n'est point incompatible avec l'impunité laissée à celui qui se désiste d'une tentative entreprise, car, dans ce dernier cas, la preuve est faite que l'agent n'entend pas persévérer, au moins pour le quart d'heure.

Mais le procédé qui consiste à punir l'acte préparatoire en tant que réalisation fragmentaire d'une infraction déterminée se heurte à d'autres difficultés. En voici une: entre la tentative et le délit, on peut établir un rapport direct; en d'autres termes, il est relativement aisé de savoir quelle infraction l'auteur d'une tentative entendait commettre. En revanche, entre les actes qui nous occupent et le délit, la relation est beaucoup moins nette, parce que certains préparatifs peuvent servir à plusieurs fins. En l'espèce, que se proposaient au juste nos guetteurs de Cornavin? On peut hésiter entre le vol, le brigandage, les lésions corporelles de divers degrés et même l'assassinat. Si donc la peine devait être calculée sur celle du délit consommé, l'incertitude du point de départ empêcherait de marquer le point d'arrivée. Certains législateurs ont, il est vrai, tourné la difficulté, au moins à propos de la tentative. Le code du Tessin (55) veut qu'en cas d'incertitude sur le délit projeté, le juge fixe la peine de la tentative en partant de l'infraction la moins grave parmi celles qui entrent en ligne de compte. Mais c'est là un procédé artificiel, presque divinatoire, un expédient tout au plus.

La rédaction proposée plus haut soulève une autre critique. Votre conception des actes préparatoires punissables, m'objectera-t-on, s'écarte de la notion d'une réalisation incomplète. Quels sont en effet les motifs qui vous conduisent à frapper? Tantôt c'est la gravité intrinsèque d'un acte déjà consommé, tantôt c'est la perversité de son auteur, soit un état dangereux en lui-même. Vous rompez donc toute attache avec un délit à commettre. Votre répression n'est pas tournée vers un avenir possible, c'est le passé ou le présent que vous punissez, ce qui revient à dire que vous réprimez l'acte préparatoire pour lui-même et non comme fraction d'un autre délit. — Je n'admets pas cette critique comme entièrement fondée, surtout pas pour la seconde éventualité, puisque là le caractère de l'agent m'est garant qu'il poussera l'entreprise à fond. Toutefois j'accorde qu'elle n'est pas sans valeur, et cela me conduit à examiner l'autre méthode possible.

2° Elle consisterait à punir comme délit sui generis le fait de faire des préparatifs criminels. Mais alors deux questions se posent devant lesquelles j'avoue mon embarras: Où classer cette infraction inédite? Comment en fixer les éléments?

Au premier abord le problème de technique législative paraît simple. Nous savons pourquoi nous voulons punir, c'est pour calmer l'inquiétude produite par l'acte ou par son auteur. Le bien à protéger c'est donc la sécurité, et la catégorie semble toute trouvée où l'infraction doit prendre place. D'accord, mais ce bien quel en est le porteur? est-ce un intérêt individuel ou un intérêt collectif? sécurité individuelle ou sécurité générale?

Car si dans un grand nombre de cas l'agent a son plan tout fait, s'il a marqué sa victime et choisi ses moyens d'attaque (ainsi A. fait emplette d'un toxique pour tuer B.), il arrive aussi que le projet contienne une part laissée au hasard en ce sens que les préparatifs sont dirigés contre n'importe qui. Tels des voleurs qui, s'étant munis d'armes, se postent au bord du chemin, décidés à faire un mauvais parti au premier qui passera, pour peu qu'il paraisse avoir le gousset garni. Tel encore celui qui est trouvé porteur d'instruments d'effraction. La seule détention de ces engins dont la nature exclut tout emploi licite révèle le dessein délictueux et justifie la répression. Quelle fermeture menacent ces outils, c'est ce que

nul ne sait, c'est ce que le cambrioleur de tout à l'heure ignore peut-être encore. Pourtant, pour indéterminé qu'il soit, le risque est patent et le défi est porté à la sécurité de tous.

Si l'on optait pour le risque individuel, la difficulté du classement ne serait d'ailleurs que reculée, car l'acte peut mettre en péril des biens divers, tantôt la propriété seule, tantôt la vie, tantôt (comme dans notre espèce) l'une ou l'autre ou même l'une et l'autre. Où trouver la place de cette infraction composite? Sans compter que le danger couru par une seule personne projette l'alarme autour d'elle, et qu'ainsi l'atteinte portée à la sécurité de l'un se répercute sur la sécurité des autres.

Il paraît donc plus judicieux de mettre au premier plan le caractère collectif du risque. Si l'adjonction que je propose devait être faite au code pénal de Genève, la question du classement se trouverait du coup résolue. Etiqueté délit contre la sécurité publique, le texte nouveau, voisinant avec la menace, avec les infractions commises par les mendiants et vagabonds, se trouverait là comme en famille. Dans le système du projet suisse, je ne trouve guère où le caser qu'au chapitre XII qui traite des délits contre la paix publique et j'accorde qu'il y ferait un peu l'effet d'un corps étranger [1]). Mais peut-être ce contraste est-il plus apparent que réel. Ce qui frappe surtout dans les cinq infractions énumérées à ce chapitre, c'est ce qu'il y a d'ostensible dans les moyens mis en œuvre pour troubler la paix générale. Ces délits se manifestent par des signes visibles, par une agitation extérieure, parfois par une émotion populaire. Or l'atteinte à la paix de tous peut exister sans tant de tapage. Son caractère collectif dérive alors non d'une publicité bruyante, incompatible avec la nature insidieuse de l'acte préparatoire, mais de ce qu'il y a de généralement dangereux dans le dessein mis au jour ou dans le caractère dévoilé par l'agent.

Si ce classement prévalait, l'article pourrait peut-être revêtir la forme que voici:

---

[1]) De même au chapitre VII auquel on pourrait penser, puisque l'atteinte à la sécurité commune peut créer un danger collectif. Mais y a-t-il «gemeine Gefahr» au sens propre?

« Celui qui par des actes aura manifesté le dessein de commettre un délit et aura ainsi causé un trouble ou montré qu'il était dangereux pour la paix publique, sera puni de l'emprisonnement. »

* * *

Je n'ai pas la vanité de tenir mes formules pour impeccables. Je n'ai pas caché mes perplexités; je ne donne même pas mes idées pour définitives et je ne demande pas mieux que d'être contredit. J'ai simplement voulu: d'une part signaler ce qui me paraît être un danger dans les méthodes actuelles; d'autre part donner à d'autres l'occasion de découvrir la vérité que je vais cherchant à tâtons.

Amnestie.

Von Prof. Dr. ERNST HAFTER in Zürich.

Amnestien sind politische Weisheit oder politische Schwäche. Nie, seit die Welt steht, sind Amnestien in so riesigem Ausmass zur Anwendung gebracht worden, wie seit dem Abschluss des grossen Krieges. Vorab ist es in den Staaten geschehen, die den Krieg geführt haben und hernach vom Fieber der Revolution geschüttelt wurden. Aber auch in neutralen Ländern ist der Wunsch nach Gewährung von Amnestien mit Macht hervorgetreten. Die Schweiz hat Tausende von Wehrmännern, die bei der Heeresmobilisation von 1914 und seitdem dem Rufe, unter die Waffen zu treten, keine Folge geleistet haben. Die militärgerichtlichen Untersuchungen gegen die im Auslande befindlichen schweizerischen Refraktäre sind eingeleitet. Zum Abschluss aber ist nur ein kleiner Teil dieser Prozesse gebracht. Tausende solcher Verfahren sind — wie ich aus genauer Kenntnis der Akten weiss — bis heute unerledigt. Eine Lösung aber *muss* gefunden werden. Sie kann auf zwei Arten geschehen: Entweder entschliesst man sich dazu, diese Prozesse durch die Militärgerichte zu Ende führen zu lassen, was, da die meisten Angeklagten nicht persönlich vor den Richter gestellt werden können, regelmässig im Kontumazialverfahren geschehen müsste. Oder — man beseitigt diesen ganzen Wust von Prozessen durch eine umfassende Amnestie. Welche dieser beiden Lösungen zweckmässig und politisch klug ist, will ich hier unerörtert lassen. Meine Betrachtungen gehen in einer andern Richtung:

Bevor man an die Frage herantreten kann, ob eine Amnestie erlassen werden soll, muss Klarheit über ihre juristische Natur erlangt werden. Dass wir diese Klarheit heute besässen, trifft leider nicht zu. Eine Amnestiekampagne des verflossenen Jahres hat es neuerdings mit grosser Deutlichkeit bewiesen.

Das Zentralkomitee des *Schweizerischen Grütlivereins* (sozialdemokratische Volkspartei) hatte im Frühjahr 1919 ein Amnestiebegehren zugunsten der im sogenannten Generalstreikprozess verurteilten Führer der sozialdemokratischen Partei gestellt. Ferner ersuchte der *Föderativverband eidgenössischer Beamter, Angestellter und Arbeiter* um Amnestierung der wegen Teilnahme am Generalstreik verurteilten, verfolgten oder noch zu verfolgenden Beamten, Angestellten und Arbeiter der Bundesbahnen, anderer Transportanstalten und der allgemeinen Bundesverwaltung. — In seinem der Bundesversammlung am 16. Juni 1919 vorgelegten Bericht (BBl 1919, III, S. 728 ff.) beantragte der Bundesrat, auf die gestellten Amnestiebegehren zurzeit nicht einzutreten. Am 26. Juni hat der Nationalrat, am 27. Juni der Ständerat diesem Antrag zugestimmt.

Der bundesrätliche Bericht hat die sich ergebenden Rechtsfragen erörtert, auf den Mangel zureichender gesetzlicher Unterlagen hingewiesen und, gestützt auf Doktrin und Praxis, eine sichere juristische Basis zu geben versucht.

Namentlich mit diesen Erörterungen will ich mich kritisch auseinandersetzen. Das hat nicht nur akademischen Wert. Zwar ist anzunehmen, dass die im Juni 1919 behandelten Amnestiegesuche ihre endgültige Erledigung gefunden haben. Aber inzwischen sind die weitern Amnestiefragen praktisch geworden. Bereits am 11. Dezember 1919 hat *Eymann* im Nationalrat die Motion eingebracht, der Bundesrat möge prüfen, « ob es nicht angezeigt sei, für die Schweizer im Auslande, die in den Jahren 1914 bis 1918 einem Mobilisationsbefehl nicht Folge geleistet haben, eine Amnestie zu erlassen ». Weit umfassender ist dann die Motion *Willemin* vom 28. April 1920 gedacht. Sie erbittet eine Botschaft an die Bundesversammlung, « um ihr eine allgemeine Amnestie aller seit dem 1. August 1914 von Militärgerichten gegen Militär- oder Zivilpersonen ausgesprochenen Verurteilungen vorzuschlagen ». Von dieser Amnestie sollen immerhin ehrenrührige Vergehen und Vergehen des wucher-

ischen Aufkaufs und der Spionage ausgeschlossen sein. Die Amnestie soll aber auch die noch nicht beurteilten Vergehen umfassen, wobei vorgeschlagen wird, die Überweisung an die Gerichte bis zur Beschlussfassung der Bundesversammlung zu verschieben.

I.

Not tut vor allem die begriffliche Abklärung. Voraussetzung für den Erlass und die Durchführung einer Amnestie ist die Kenntnis ihres Wesens. Aus dem gesetzten Recht ist sie nicht zu gewinnen. Mit einem blossen Hinweis, mit der Nennung des Wortes « Amnestie » hat sich der schweizerische Gesetzgeber begnügt. Nach Art. 85, Ziff. 7 der BV fallen « *Amnestie* und Begnadigung » in den Geschäftskreis beider Räte der Bundesversammlung.

Wissenschaft und Praxis fällt daher die Aufgabe zu, das Wesen und den Wirkungsbereich der Amnestie zu bestimmen. Das kann am ehesten auf dem Wege einer Art Differentialdiagnose geschehen, derart, dass man zunächst von dem allgemeinsten Begriff der Begnadigung ausgeht.

Begnadigung, im weitesten Sinne gefasst, bedeutet den Verzicht des Staates auf die Durchführung eines bestehenden oder wenigstens eines behaupteten staatlichen Strafanspruches [1]. Jeder Gnadenakt widerspricht der formalen Rechtslogik, er schaltet im einzelnen Fall die normale Funktion des Strafrechts aus. Die Rechtfertigung eines Gnadenaktes muss daher auf einem Gebiet gesucht werden, das ausserhalb der strengen Rechtsordnung liegt. Die Gnade ist, wie *Binding* (Handbuch, I, S. 861) gesagt hat, « der grosse Regulator der Gesetzes- und

[1]) Die Literatur über die Begnadigung befasst sich in der Regel nicht mit dem Generalbegriff, sondern nur mit den einzelnen Arten (Begnadigung i. e. S., Abolition und Amnestie). Vgl. z. B. *v. Liszt*, Lehrbuch (21./22. Auflage) S. 273 ff.; *v. Bar*, Gesetz und Schuld, III, S. 457 ff.; *M. E. Mayer*, Allgemeiner Teil des Strafrechts, S. 529 ff., der die Abolition überhaupt nicht als Art der Begnadigung anerkennt. — Gut der bundesrätliche Bericht vom 16. Juni 1919, BBl, III, S. 730, der vom allgemeinen Begnadigungsbegriff ausgeht; s. auch *Garraud,* Précis de droit criminel (dix. édition) 374; *Binding,* Handbuch des Strafrechts, I, S. 860 ff.; *Heimberger,* Das landesherrliche Abolitionsrecht (Leipzig 1901), S. 4.

Urteilswirkungen auf kriminellem Gebiet». Erkennt man aber diese besondere Stellung, die dem Gnadeninstitut im Rechtsleben zukommt, an, so wird man sofort zwei Folgerungen ziehen müssen: Die Begnadigung kann nur in Ausnahmefällen zur Geltung gelangen. Jedes Staatswesen, das hemmungslos eine intensive Begnadigungswirtschaft ausüben wollte, würde seine Rechtsordnung zerstören und damit einem raschen Untergang zutreiben. Und ferner, da jeder Gnadenakt ausserhalb des Bereiches des durch die Gesetze gesicherten strafprozessualen Rechtsganges liegt, kann die Macht der Gnadengewährung auch nicht den ordentlichen Organen der Strafrechtspflege, vorab nicht dem Richter, zustehen.

Spätere Betrachtungen sollen zeigen, in *was für Ausnahmefällen* die Begnadigung ihre Rechtfertigung finden kann. Hat man dann die Motive, auf die ein Begnadigungsentscheid zurückgehen muss, erkannt, so ergibt sich leicht auch die Lösung der andern Frage, welchem staatlichen Organ die Befugnis, Gnade zu üben, zuerkannt werden kann.

II.

Unter den Begnadigungs*arten* tritt die sogenannte *Begnadigung i. e. S.* in den Vordergrund. Sie gelangt weitaus am häufigsten zur Anwendung. Sie ist zumeist auch bis in die Einzelheiten hinein gesetzgeberisch ausgestaltet. Ihre begriffliche Umgrenzung steht nahezu fest.

Begnadigung i. e. S. ist ganzer oder teilweiser, unbedingter oder bedingter Verzicht auf die Vollstreckung einer rechtskräftig ausgesprochenen Strafe [1]). Je nachdem bedeutet also der Gnadenakt Strafaufhebung oder Strafmilderung. Ob man die Begnadigung als Verwaltungsakt kennzeichnen will oder nicht, scheint mir nicht wesentlich. Jedenfalls handelt es sich weder um

---

[1]) Siehe z. B. die Formulierung in Art. 2 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz betreffend die Begnadigung, vom 3. Juli 1906: «Durch die Begnadigung verzichtet die Bundesgewalt auf den ihr zukommenden Strafanspruch durch völligen oder teilweisen Erlass der rechtskräftig erkannten Freiheitsstrafe, Landesverweisung, Amtsentsetzung oder Geldbusse» (Schweiz. BBl 1906, IV, S. 171). Ferner schweiz. StG-Entwurf 1918, Art. 420.

Gesetzgebung noch um Rechtsprechung. Durchaus in den Rahmen der Begnadigung i. e. S. gehört auch die *Rehabilitation* [1]), soweit sie wenigstens die Wiedergewährung von strafweise entzogenen Rechten (bürgerliche Ehrenrechte, elterliche Gewalt, Berufsausübung usw.) bedeutet. Dass die Rehabilitation nach den schweizerischen Rechten nicht durch die ordentlichen Begnadigungsinstanzen, regelmässig durch die Parlamente, sondern durch den Richter gewährt wird (Bundesstrafprozess, Art. 178 ff., zürcherische StPrO, §§ 495 ff., schweizerischer StG-Entwurf, Art. 73 ff.), ändert ihren materiellen Charakter nicht. Auch in der Wiederverleihung aberkannter Rechte und Fähigkeiten liegt ein Verzicht des Staates auf die Durchführung des ihm zustehenden Strafrechts [2]).

Zu einer eigenartigen Kennzeichnung der Begnadigung i. e. S. gelangt die schweizerische staatsrechtliche Literatur. Bei dem Versuch, die Begnadigung von der Amnestie abzugrenzen, erklärt z. B. *Burckhardt,* Kommentar BV (2. Auflage), S. 694, die Begnadigung erfolge aus Gründen der *Billigkeit,* die Amnestie dagegen sei ein Akt der *Zweckmässigkeit, der Politik. Schollenberger,* Kommentar BV, S. 508, erweitert diese Überlegungen dahin, dass die Begnadigung nur im Interesse des Verurteilten erfolge, speziell im Hinblick darauf, dass eine verhängte Strafe nachträglich als zu hart erscheine, während die Amnestie lediglich eine Sache der Politik, der höhern Zweck-

---

[1]) Nicht aber gehören zum Begnadigungsrecht *bedingte Entlassung* und *bedingte Verurteilung*, für die nicht der Gnaden-, sondern der Rechtsstandpunkt massgebend ist. Die bedingte Verurteilung ist eine Strafmodalität, die bedingte Entlassung ein Glied in der Kette des progressiven Strafvollzugs. Beide wirken weder als Strafaufhebung, noch als Strafmilderung. Vgl. *Burckhardt*, Kommentar BV (2. Auflage), S. 698 und *Delaquis,* Rehabilitation im Strafrecht (Berlin 1907), S. 111.

[2]) Vgl. *Binding,* Handbuch, I, S. 875 f.; *M. E. Mayer,* Lehrbuch, S. 530. *Delaquis,* Die Rehabilitation im Strafrecht, S. 101 ff., 110, will allerdings Gnade und Rehabilitation streng scheiden: Das Gnadenrecht sei schrankenlos, die Rehabilitation an bestimmte, in der Person des Verurteilten liegende Voraussetzungen, namentlich sein Wohlverhalten, gebunden. Im Anschluss an *Oetker* kennzeichnet Delaquis die Rehabilitation als «lohnweise Aufrechnung». Das mag alles richtig sein. Der Gnadencharakter der Rehabilitation geht aber damit keineswegs verloren.

mässigkeit, der Ausfluss eines staatlichen Notrechts sei. Auf diese Unterscheidung stellt jetzt auch der bundesrätliche Bericht vom 16. Juni 1919 über die Amnestiegesuche zugunsten der Teilnehmer am Generalstreik ab (BBl 1919, III, S. 731, 736):

Gegen diese Auffassung muss ich mich wenden. Die abschliessende Auseinandersetzung mit diesen Anschauungen kann ich allerdings erst bei der Bestimmung des Amnestiebegriffes geben (unten S. — ff.). Hier aber ist schon festzustellen, dass die Begnadigung i. e. S. keineswegs ausschliesslich dem Gedanken zu entspringen braucht, im Interesse der Verurteilten nachträglich allzu harte Gesetzes- und Urteilswirkungen aufzuheben. Auch für die Gewährung einer individuellen Begnadigung können Gründe rein politischer Zweckmässigkeit massgebend werden.

Allerdings, in Zeiten eines ruhig dahinfliessenden staatlichen Lebens wird sich das Bedürfnis nach politisch orientierten Einzelbegnadigungen nur selten einstellen. Wenn aber in Zeiten der Unruhe die politischen Vergehen sich mehren, dann tritt an die Staatsgewalt regelmässig auch die Frage heran, ob nicht aus politischer Klugheit einzelnen Rechtsbrechern Gnade gewährt werden soll. Mit der Milderung oder der Ausschaltung allzu harter Gesetze oder Urteile haben solche Überlegungen nichts zu tun. Es ist nicht schwer, für derartige rein politisch orientierte Einzelbegnadigungen Beispiele aus neuester Zeit zu finden: In Bayern ist der Graf Arco, der Mörder Eisners, aus rein politischen Gründen von der über ihn verhängten Todesstrafe befreit worden. Nach Zeitungsmeldungen vom Februar 1920 hat der bayrische Justizminister erklärt, dass zwar eine völlige oder teilweise Amnestie für politische Verbrechen aus der Zeit der Räteregierung als ausgeschlossen gelten müsse, dass aber in grossem Masse einzelne Begnadigungen der aus Anlass der politischen Unruhen Verurteilten erfolgt seien und weiter erfolgen werden. Dass diesen Begnadigungen weit mehr politische Motive zugrunde liegen als das Bestreben, allzu harte Gesetzes- und Urteilswirkungen zu regulieren, wird man nicht bestreiten wollen.

Mit der Anschauung, dass die Begnadigung i. e. S. nur von der Billigkeit, die Amnestie dagegen ausschliesslich von der

politischen Zweckmässigkeit getragen werde, ist daher für die Bestimmung der Begriffe nichts gewonnen. Mit dem Hinweis auf die Motive, aus denen Gnade gewährt wird, ist bei der Unterscheidung der einzelnen Gnadenarten überhaupt nichts anzufangen.

* * *

Eines steht bis jetzt fest.

Die Begnadigung i. e. S. ist ganzer oder teilweiser, unbedingter oder bedingter Verzicht auf die Durchführung einer über einen einzelnen Rechtsbrecher verhängten Strafe. Sie setzt ein rechtskräftiges Urteil voraus, dessen Wirkungen sie aufhebt oder mildert.

Ganz anders die *Abolition*. Sie stellt einen Akt dar, durch den die Niederschlagung eines angehobenen Strafverfahrens verfügt, ja unter Umständen die Anhebung eines Verfahrens verhindert wird. Nicht das durch Urteil festgestellte staatliche Strafrecht, sondern das Strafklagerecht wird zerstört. Die Abolition wirkt prozessaufhebend oder prozesshindernd [1]. Nicht zur Abolition gehört das aus den Regeln des Prozessrechts zulässige Fallenlassen eines Verfahrens, die gesetzmässige Prozesseinstellung, mag sie von Amtes wegen oder, bei Antrags- und Privatklagevergehen, infolge Rückzuges des Strafantrages, bzw. der Privatklage geschehen [2].

Bemerkenswert ist die von *M. E. Mayer* (Allgemeiner Teil des Strafrechts, S. 531 f.) vertretene Auffassung, die Abolition sei überhaupt keine Begnadigungsart. Das begründet Mayer

---

[1]) Vgl. *Binding*, Handbuch, I, S. 861, 869 und Grundriss des StR, Allgemeiner Teil (7. Auflage), S. 311 ff. (Daten über die abolitio des römischen Rechts); *v. Bar*, Gesetz und Schuld, III, S. 457 und 460 f. Ausführlich über Begriff, rechtliche Natur und Geschichte der Abolition *Heimberger*, Das landesherrliche Abolitionsrecht, S. 4 ff., 12. Siehe ferner *Stockar*, Das schweizerische Begnadigungsrecht (Zürich 1901), S. 6 ff.; zu eng der Bundesrat im Bericht vom 16. Juni 1919, BBl, III, S. 730, wo die Abolition nur als die Niederschlagung einer angehobenen Strafuntersuchung bezeichnet wird.

[2]) Ich kann hier *Binding*, Handbuch, I, S. 870, und Grundriss des StR, Allgemeiner Teil, S. 314 f., der erklärt, Rücknahme des Strafantrages sei tatsächlich Abolition, rechtlich allerdings nur ein vom Antragsberechtigten ausgeübter Zwang des Staates dazu, nicht zustimmen.

damit, die Niederschlagung bedeute einen die Trennung der Gewalten verhöhnenden Eingriff der Verwaltung in die Justiz. Die Befugnis der mit dem Begnadigungsrecht ausgestatteten Behörden zum Erlass einer Abolition wird aus diesem Prinzip heraus abgelehnt, dagegen eine Abolition durch Gesetz für zulässig erklärt. — Von seinem Standpunkt aus mag M. E. Mayer Recht haben. Wenn für den Erlass einer Abolition nur ein gesetzgeberischer Akt in Frage kommt, dann bleibt für den Gnadenstandpunkt wenig Raum. Allein die strenge Geltendmachung des Grundsatzes der Gewaltentrennung ist hier kaum am Platze. Man darf namentlich für das schweizerische Recht nicht vergessen, dass weder die Staatsanwaltschaft, noch die Strafuntersuchungsorgane richterliche Beamte sind. Sie müssen infolgedessen von den übergeordneten Behörden Aufträge und Weisungen entgegennehmen [1]. Wird daher diesen Amtsstellen von oben herab die Niederschlagung eines hängigen Verfahrens befohlen, so ist das kein unzulässiger Eingriff der Verwaltung in die Rechtspflege. Schon eher kann man einen solchen Vorwurf erheben, wenn die Niederschlagung in einem Zeitpunkt ausgesprochen wird, da der Prozess bereits vor dem erkennenden Richter liegt. Aber ist eine gnadenweise Niederschlagung eines schwebenden Verfahrens wirklich so viel schlimmer, als wenn die Begnadigungsinstanz gegen ein rechtskräftiges Urteil vorgeht und seine Wirkungen zerstört? [2] — Die Einwendungen M. E. Mayers scheinen mir daher nicht durchschlagend. Für die Charakterbestimmung der Abolition ist nur ihr inneres Wesen massgebend. Sie soll, wie die Begnadigung i. e. S., unter bestimmten Umständen, aus Gründen einer höhern Raison, das unzulängliche Gesetzesrecht regulieren, seine Durchführung im Einzelfall ausschalten. Das aber ist nichts anderes als die Anwendung des Ausnahmesatzes: Gnade für Recht.

So scheint mir der Charakter der Abolition als eines das Strafklagerecht im Einzelfall zerstörenden Gnadenaktes fest-

---

[1]) Vgl. z. B. die zürcherische StrPrO, §§ 27—29, aber auch das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz, §§ 146—149.

[2]) *v. Bar*, Gesetz und Schuld, III, S. 496 betont unter Hinweis auf die Geschichte richtig, dass Abolition und völlige Unabhängigkeit der Gerichte überhaupt nicht als miteinander im Widerspruch stehend betrachtet werden können.

zustehen. Das trifft wenigstens für das schweizerische, aber auch für das deutsche Recht zu. Die romanische Jurisprudenz dagegen hat den Begriff der Abolition, wie er hier dargestellt wurde, überhaupt nicht entwickelt. Das französische und das italienische Recht kennen ausser der Rehabilitation nur die Begnadigung i. e. S. und die Amnestie. Auf die Arten des Gnadeninstitutes in diesen Rechten soll bei der Erörterung des Amnestiebegriffes noch hingewiesen werden.

Ist meine Auffassung, dass die Abolition nichts anderes als eine Spielart der Begnadigung ist, zutreffend, so muss sie grundsätzlich auch von der ordentlichen Begnadigungsinstanz, in der Eidgenossenschaft also von der Vereinigten Bundesversammlung (BV, Art. 85, Ziff. 7 und Art. 92), ausgesprochen werden [1]. Tatsächlich wird es zu einem solchen Akt allerdings äusserst selten kommen. Bestehen Gründe, gegenüber einem einzelnen Beschuldigten das Strafklagerecht nicht zur Geltung zu bringen, so werden die strafprozessualen Organe regelmässig versuchen, einen Weg zu finden, das Verfahren überhaupt nicht anzuheben, oder es wenigstens nicht zur Anklageerhebung kommen zu lassen. Die eigentliche Begnadigungsinstanz wird nur dann in Tätigkeit treten müssen, wenn erst nach der Anklageerhebung das Bedürfnis entsteht, die Strafklage zu zerstören. Regelmässig wird eine solche Aktion auf politische Motive zurückgehen, jedoch ohne dass dieses Moment für den Charakter der Abolition bestimmend wäre. — Aus dem Wesen der Abolition — vollständige Zerstörung von Strafklagerecht und Strafanspruch — ergibt sich, dass das Delikt strafrechtlich als nicht geschehen gilt. Die privatrechtlichen Folgen dagegen bleiben unberührt [2].

---

[1]) Aus der Nichterwähnung der Abolition in Art. 85, Ziff. 7 und 92 der BV zieht *Stockar,* S. 91, den Schluss, sie sei nach Bundesrecht überhaupt ausgeschlossen. Das ist nicht zutreffend. — Interessant, aber juristisch nicht unbedenklich ist eine vom schweizerischen Militärdepartement auf Grund eines Bundesratsbeschlusses vom 25. Juli 1919 erlassene Verfügung, wonach die Verfolgung des am Generalstreik vom November 1918 beteiligten Bundespersonals einzustellen war. Das juristische Bedenken liegt darin, dass eine Niederschlagung durch den Bundesrat, bzw. das Militärdepartement auch in denjenigen Fällen erfolgte, die bereits vor dem Gerichte lagen.

[2]) Siehe z. B. *v. Bar,* Gesetz und Schuld, III, S. 482.

III.

Am wenigsten abgeklärt ist, insbesondere auch in seiner Auswirkung im eidgenössischen Recht, der Begriff der *Amnestie*. Vielleicht gelingt jetzt, nachdem die Begriffe der Begnadigung i. e. S. und der Abolition festgestellt sind, seine Charakterisierung.

Vorab ist jedoch notwendig, in einer möglichst gedrängten Zusammenfassung die bestehenden Auffassungen über den Amnestiebegriff wiederzugeben.

Die heutige *schweizerische* Jurisprudenz erklärt die Amnestie als einen Verzicht des strafberechtigten Staates auf die Strafverfolgung oder den Strafvollzug gegenüber einer Mehrzahl von Personen. Die Amnestie bezeichnet diese Personen nicht individuell, sie erfasst vielmehr insgesamt bestimmte, innerhalb eines gewissen Zeitraumes verübte Delikte. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass in der Schweiz übereinstimmend behauptet wird, eine Amnestie könne nur aus Gründen politischer Zweckmässigkeit bewilligt werden. Sie sei eine Sache lediglich der Politik, ja sogar « ein Ausfluss des sogenannten Notrechts des Staates » (Schollenberger) [1]. Zweifelhaft war ursprünglich, ob durch eine Amnestie nur die Niederschlagung von noch nicht durch Urteil erledigten Prozessen ausgesprochen, oder ob auch Urteile aufgehoben werden können. Diese Streitfrage darf jetzt als erledigt gelten. Die Amnestie des schweizerischen Rechts kann heute sowohl als Abolition wie als Begnadigung i. e. S. zur Geltung gelangen [2].

Im Wesentlichen in der gleichen Bahn wie die schweizerische Auffassung bewegt sich die *deutsche* Theorie. Nach ihr ist die Amnestie die Verbindung von Abolition und Begnadigung i. e. S. für sämtliche in einem bestimmten Zeitraum begangenen Delikte

---

[1]) Vgl. *Burckhardt,* Kommentar BV (2. Auflage), S. 694, S. 697 f., wo die Amnestiepraxis der Bundesversammlung zusammengestellt und kritisch erörtert wird; *Schollenberger,* Kommentar BV, S. 506 ff.; Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 1919, BBl, III, S. 730 ff., S. 734 f.; *Stockar,* Schweizerisches Begnadigungsrecht, S. 7 ff.

[2]) Über die Entwicklung dieser Frage vgl. *Burckhardt,* S. 697, *Schollenberger,* S. 507 f. und jetzt namentlich den Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 1919, BBl, III, S. 730 f. und die dort genannte Literatur. Die alte Auffassung in BBl 1902, V, S. 870 ff.

von bestimmter Art [1]). Dagegen ist die Auffassung, dass die Amnestie *ihrem Wesen nach* ein politischer Akt ist, der deutschen Doktrin fremd. Anderseits wird angenommen, dass eine Amnestie nur auf dem Wege des Gesetzes oder der Verordnung ausgesprochen werden kann [2]). Nicht recht verständlich ist mir die Erklärung *Bindings* (Handbuch, I, S. 861, Note 3), der Begriff der Amnestie sei wissenschaftlich wertlos, die Amnestie stelle auch keine besondere dritte Art der Gnade dar.

Jedenfalls zeigt die Rechtsvergleichung, wie verschieden die Amnestie gedeutet wird. Das aber regt zu einer wissenschaftlich sichern Bestimmung ihres Begriffes in besonders starkem Masse an.

Während man für das schweizerische und das deutsche Recht annehmen muss, dass die Amnestie lediglich eine *Massenbegnadigung* ist, die je nach den Umständen in ihrer Auswirkung als Begnadigung i. e. S., als Abolition oder als eine Verbindung beider auftreten kann, scheidet die *französische* Doktrin Amnestie und Begnadigung i. e. S. grundsätzlich von einander. Die letztere hat wohl den gleichen Charakter wie im deutschen und im schweizerischen Recht. Sie soll eine rechtskräftige Strafe aufheben oder mildern. Dabei werden grâces individuelles und grâces collectives (also Massenbegnadigungen) unterschieden, ohne dass man bei den letztern von einer Amnestie reden würde. Es handelt sich einfach um die gleich-

---

[1]) *v. Bar*, Gesetz und Schuld, III, S. 457, 483; *Merkel-Liepmann*, Lehre von Verbrechen und Strafe, S. 304; *Binding*, Handbuch, I, S. 861, Anm. 3. Die doppelseitige Wirkung der Amnestie als Abolition und Begnadigung kommt jetzt besonders deutlich zum Ausdruck in den Reichsamnestiegesetzen, die zu Beginn der deutschen Revolution erlassen wurden: Amnestie-VO vom 12. November 1918 für politische Delikte, VO des Rates der Volksbeauftragten vom 3. Dezember 1918 über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung, VO des Rates der Volksbeauftragten vom 7. Dezember 1918 über eine militärische Amnestie Siehe dazu *Alsberg*, Die Reichs-Amnestiegesetze (Berlin 1919). — Epidemisch sind die Amnestien auch in *Österreich* geworden. Seit Kriegsbeginn sind sechs sehr weitreichende Amnestieerlasse ergangen; siehe Deutsche StR-Zeitung, VI, S. 375.

[2]) Beweis auch die Reichs-Amnestiegesetze von 1918. Ferner *v. Bar*, Gesetz und Schuld, III, S. 497.

zeitige Begnadigung einer Mehrzahl der gleichen Kategorie angehöriger Verurteilter [1]. Ganz anders ist dagegen die französische Auffassung der Amnestie.

Sie bedeutet eine völlige rechtliche Auslöschung der von ihr erfassten Vergehen, sie zerstört die ausgesprochenen Urteile und vernichtet die angehobenen, aber noch nicht erledigten Prozesse — « elle supprime l'*infraction,* la *poursuite,* le *jugement,* tout ce qui peut être détruit et ne s'arrête que devant l'impossibilité du fait: Quod factum est infectum reddere non potest » (Garraud, p. 375). Die Franzosen ziehen aus diesem Charakter der Amnestie denn auch den logischen Schluss, dass ein solcher Akt grundsätzlich keine Bedingungen oder Einschränkungen verträgt. — Die französische Amnestie wird niemals einer einzelnen Person, sondern einer bestimmten Kategorie von Rechtsbrechern für bestimmte, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verübte Delikte gewährt. Dass sie von politischen Überlegungen diktiert sein muss, wird in der Doktrin regelmässig angenommen [2]. Die privatlichen Folgen der verübten Vergehen bleiben allerdings unberührt, nur das strafrechtliche Delikt wird zerstört. Seit der Verfassung von 1848 kann eine Amnestie nur auf dem Wege der Gesetzgebung bewilligt werden [3].

---

[1] *Garraud*, Precis de droit criminel, p. 380: « Les grâces collectives sont accordées à certaines époques déterminées, sur les propositions de l'autorité administrative ». Vgl. namentlich auch das italienische Institut der indulto, unten S. 33.

[2] « On ne la conçoit que comme s'appliquant à certains délits d'une nature spéciale, délits de presse, délits politiques, délits fiscaux, délits militaires, qui n'ont pas le caractère odieux des délits de droit commun » (Garraud, S. 375). Vgl. ferner *v. Bar,* Gesetz und Schuld, III, S. 498, Note 302. Die Auffassung der schweizerischen Praxis, eine Amnestie könne nur aus Gründen politischer Zweckmässigkeit, also wohl auch nur für politische Vergehen — in einem weiten Sinne gefasst — bewilligt werden, geht wohl auf diese romanischen Anschauungen zurück. — Die neueste Amnestiepraxis hat allerdings sowohl in den romanischen wie in den deutschen Ländern diesen Rahmen gesprengt. Auch zahlreiche gemeine Verbrechen geniessen Amnestie. Auf die unheilvollen Wirkungen, die sich namentlich in Deutschland daraus ergaben, werde ich noch hinweisen.

[3] Jetzt loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3: « les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi ».

Mit der französischen Ausgestaltung stimmt das *italienische* Recht im wesentlichen überein. Bemerkenswert ist, dass hier der *Gesetzgeber* die Ordnung getroffen hat. La grazia und l'indulto (Cod. pen., art. 87 und Cod. proc. pen., art. 826 ss.) entsprechen den grâces individuelles et grâces collectives des französischen Rechts. Dagegen erklärt art. 86 des Cod. pen. von der Amnestie mit aller Deutlichkeit: «L'amnistia estingue l'azione penale e fa cessare l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali di essa». Eine Beschränkung besteht nur insoweit, als auch die Amnestie kein Recht auf Rückerstattung strafrechtlich eingezogener Sachen und auf Rückleistung bereits bezahlter Geldstrafen gewährt (Art. 89). Anders als nach dem französischen Recht bedarf es zum Erlasse einer Amnestie keines Gesetzes. Wie die andern Gnadenrechte, steht auch das Amnestierecht beim König [1]).

* * *

Es mag an diesen rechtsvergleichenden Daten genug sein. Sie beweisen ausreichend den Unterschied in der Auffassung zwischen der romanischen Anschauung einerseits und der Doktrin in Deutschland und der Schweiz anderseits. An Klarheit der Begriffsgestaltung sind dabei die romanischen Rechte — insbesondere das italienische mit seiner gesetzlichen Ordnung — der deutsch-schweizerischen Auffassung überlegen. Es ist auch ein Zeichen grossen juristischen Taktes, dass die romanische Rechtswissenschaft den Begriff der individuellen Abolition eigentlich gar nicht mehr verwendet. Man kommt sicherlich ohne ihn aus. Ich habe bereits gezeigt, dass für ihre Anwendung praktisch auch nicht viel Raum bleibt (oben S. 29).

Vielleicht wäre es die erfreulichste Lösung, wenn das schweizerische Recht die von der romanischen Jurisprudenz und speziell der italienischen Gesetzgebung getroffene Ordnung des Gnadenrechts im Wesentlichen übernehmen würde. Allein

---

[1]) Cod. proc. pen., art. 830, al. 1: «L'amnistia si concede per decreto reale, sopra proposta del Ministro di grazia e giustizia, udito il Consiglio dei ministri». Für Einzelheiten vgl. die vorzügliche Darstellung des italienischen Begnadigungsrechts bei *Florian,* Dei reati e delle pene in generale, I, 323 ss.

das läge nicht in der Linie der geschichtlichen Entwicklung. An sie muss man sich in erster Linie halten, wenn man es unternimmt, die Gnadeninstitute nach schweizerischem, insbesondere nach dem eidgenössischen Recht, zu deutlicher Gestaltung zu bringen.

Ich will auf den gegebenen Grundlagen diesen Versuch machen. Dabei ist es mir mehr um die Abklärung der Begriffe, als um die Ausgestaltung des Gnadenrechts bis in alle Einzelheiten hinein zu tun.

1. In Art. 85, Ziff. 7 der BV sind Amnestie und Begnadigung als in den Geschäftskreis beider Räte der Bundesversammlung fallend genannt. Die Erwähnung beider Institute lässt zunächst vermuten, dass man sie grundsätzlich unterscheiden wollte, ja mehr noch, dass man die Amnestie gar nicht als zur Begnadigung gehörend betrachtete. Die Praxis hat eine solche Auffassung aber nicht bestätigt. Ich habe früher dargelegt, dass das schweizerische Recht von einem Oberbegriff der Begnadigung ausgeht, im einzelnen dann die *Begnadigung i. e. S.* als Verzicht auf den Strafvollzug gegenüber Einzelpersonen, die *Amnestie* dagegen als Verzicht auf Strafverfolgung oder Strafvollzug gegenüber einer Mehrzahl nicht individuell bestimmter Personen auffasst. Im erstern Fall soll der Verzicht auf Gründen der Billigkeit, im letztern auf Gründen der Zweckmässigkeit (Politik) beruhen. Daneben wird gelegentlich — z. B. im bundesrätlichen Bericht vom 16. Juni 1919 (BBl, III, S. 730) — die *Abolition* als Niederschlagung eines gegen eine einzelne Person gerichteten Strafverfahrens genannt.

2. Die dergestalt von der schweizerischen Jurisprudenz aufgestellten Unterscheidungen befriedigen nicht. Einmal hat gerade die neueste Entwicklung des Gnadenrechts gezeigt, dass die Begnadigung i. e. S. nicht nur aus Billigkeitsgründen, sondern auch aus politischen Motiven zur Geltung gebracht werden kann. Und ebenso unhaltbar ist es, wenn man glaubt, eine Amnestie könne nur auf Überlegungen der politischen Zweckmässigkeit beruhen. Mindestens können auch hier Billigkeitsgründe *mitbestimmend* sein [1]). Eine Unterscheidung nach den

[1]) Wenn z. B. den Auslandsschweizern, die in den Jahren 1914 bis 1918 sich nicht zum Heeresdienst stellten, Amnestie gewährt würde, so

Kriterien Billigkeit — Zweckmässigkeit fördert daher die Begriffsbestimmung nicht.

Sie muss auf anderm Boden gesucht werden. Und hier kommt jetzt der Wert der romanischen Rechtsauffassung zur Geltung.

3. *αμνηστία* bedeutet das Vergessen, insbesondere des begangenen Unrechts. Diese Wortbedeutung hat die romanische Jurisprudenz nie aus den Augen verloren. Deshalb legt sie jeder Amnestie die Wirkung bei, dass sie nicht nur eine verhängte Strafe, sondern viel weitergehend das Delikt selbst auslöscht. Wird einer bestimmten Kategorie von Rechtsbrechern Amnestie gewährt, so bedeutet das, dass die der Gnade teilhaftig werdenden Delikte juristisch zu bestehen aufgehört haben. Das hat dann notwendig zur Folge, dass auf dem Wirkungsgebiete einer Amnestie alle bereits gefällten Urteile entfallen, dass die schwebenden Verfahren endgültig eingestellt werden müssen und neue Prozesse nicht mehr angehoben werden können. Ausgezeichnet sagt *Florian* (Dei reati e delle pene, I, 328): « L'amnistia, secondo anche il suo significato etimologico e letterale, toglie radicalmente e il reato e la condanna e tutti gli effeti penali, che ne possono derivare, facendo per cosi dire una restitutio in integrum ».

Darin liegt der Hauptunterschied gegenüber der Begnadigung, die nur die rechtskräftige Strafe aufhebt oder mildert.

An und für sich steht nichts entgegen, den Amnestiegedanken auch einem *einzelnen* Rechtsbrecher gegenüber zur Geltung zu bringen. Die Rechtsentwicklung hat das aber nicht getan. Die Amnestie ist immer als eine Massenaktion aufgefasst worden. Nicht nur in der Jurisprudenz, sondern auch im Volksbewusstsein trägt sie heute unbestritten diesen Charakter.

4. Liegt es dergestalt im Wesen der Amnestie, dass sie einen gewissen, näher umschriebenen Kreis von Delikten juristisch auslöscht, dem Vergessen anheimgibt, so ist die bisherige schweizerische Auffassung, Amnestie sei ein Verzicht auf das Strafverfolgungs- *oder* das Strafvollstreckungsrecht gegenüber einer Mehrzahl von nicht individuell bestimmter Personen, un-

---

scheint mir, dass der Gedanke der Billigkeit — Milde statt strengen Rechtes walten zu lassen — mindestens so stark wirkt, wie die politische Zweckmässigkeit.

genügend. Nein, nicht Verfolgungs- *oder* Vollstreckungsrecht. Beides, das Strafrecht überhaupt, wird für den Kreis der von der Amnestie erfassten Delikte ausgeschaltet. Ob bereits rechtskräftige Urteile vorliegen, ob schwebende Verfahren vorhanden sind oder ein Prozess noch gar nicht angehoben wurde, spielt keine Rolle. Alles, was in den näher umgrenzten Kreis gehört, wird, wenn es zu einer Amnestie kommt, mit dem grossen Schwamme ausgelöscht [1]. — Konsequenz dieser Auffassung wäre weiter, dass ein Amnestieakt im Grunde keine Einschränkungen verträgt, derart, dass trotz des Amnestieerlasses einzelne urteilsmässig festgestellte Massnahmen doch noch bestehen bleiben [2]. Aus Gründen, die leicht verständlich sind, finden sich aber in Amnestieerlassen und namentlich in der Amnestiegesetzgebung immer wieder solche Beschränkungen. Ich habe schon erwähnt, dass nach Art. 89 des italienischen Cod. pen. nach Erlass einer Amnestie nicht etwa die eingezogenen instrumenta et producta sceleris oder die bezahlten Geldstrafen zurückgewährt werden. Gleiches bestimmt Art. 4 des belgischen Amnestiegesetzes, wo überdies in Art. 7 erklärt wird: « L'amnistie ne restitue pas au condamné les décorations, titres, grades, fonctions, emplois et offices publics qui lui ont été ôtés ».

5. Als Massenaktion wirkt jede Amnestie in die Breite. Ein weiterer Wesensunterschied gegenüber der Begnadigung i.e.S. ergibt sich daraus. Diese hat es mit der Frage zu tun, ob einem einzelnen, eventuell auch einer Mehrzahl von Verurteilten

---

[1]) So wohl überall die Amnestieerlasse der letzten Zeit, z. B. auch die schon genannten deutschen Amnestiegesetze von 1918. Die VO des Rates der Volksbeauftragten vom 3. Dezember 1918 regelt unter näherer Umschreibung des Kreises der zu amnestierenden Delikte in § 1, Abs. 1 die Niederschlagung hängiger Verfahren; in § 1, Abs. 4 wird die Einleitung weiterer Untersuchungen untersagt und § 2, Abs. 1 erlässt die rechtskräftig erkannten Strafen.

[2]) Nicht berührt von der Amnestie werden natürlich die *zivilrechtlichen* Folgen der Vergehen. Nur strafrechtlich gelten die amnestierten Delikte als nicht mehr vorhanden; vgl. darüber *Garraud*, p. 376; *Florian*, p. 331, und jetzt z. B. das belgische Amnestiegesetz vom 28. August 1919 (Revue de droit pénal et de criminologie, IX, p. 36 s.), Art. 5: « L'amnistie ne peut être opposée aux droits des tiers. Elle n'empêche, notamment ni l'action en divorce ou en séparation de corps, ni l'action en dommages-intérêts fondées sur l'infraction ».

— die französischen grâces collectives, die italienische indulto —, rechtskräftige Strafen erlassen werden sollen. Die individuelle Prüfung der Verhältnisse der zu Begnadigenden, der Grösse ihrer Schuld, ihrer Würdigkeit ist hier selbstverständlich. Das alles ist bei der Amnestie unmöglich. Sie generalisiert, nennt den Einzelnen überhaupt nicht. Sie lässt die Gnade ohne Ansehen der Person spielen. Dem Gerechten wie dem Ungerechten wird sie zuteil.

Ihr Gnadencharakter wird dadurch in keiner Weise alteriert. Wohl aber zeigt sich in diesen Momenten die ganze ungeheure Gefahr, die in einer weit ausgreifenden Amnestie für die Gesellschaft liegen kann. Gerade die Erfahrungen mit den deutschen Amnestieerlassen von 1918 geben zu denken. Auch in der linksstehenden deutschen Presse ist immer wieder auf die unheilvollen Amnestiewirkungen aufmerksam gemacht worden, auf die Wahllosigkeit dieser Akte, auf die Gefahr, die namentlich in der Einbeziehung schwerer, insbesondere nicht politischer Vergehen liegt. In der deutschen Nationalversammlung hat der Justizminister Schiffer am 8. Oktober 1919 gesagt: Es wird jetzt viel zu viel amnestiert. Besonders die Unabhängigen haben ihre besondere Methode, zu « amnestieren », indem sie die Verbrecher aus den Gefängnissen herauslassen [1]). Aber auch zahlenmässig konnten die schlimmen Wirkungen, die sich aus den überspannten deutschen Amnestiegesetzen ergaben, sehr bald nachgewiesen werden: Aus der sächsischen Strafanstalt Zwickau, die Mitte November 1918 359 Insassen zählte, mussten infolge der Amnestieerlasse 254 entlassen werden. Darunter waren 188 Vorbestrafte, wovon 48 schon im Zuchthaus gesessen hatten; 79 hatten sich in der Anstalt schlecht geführt. Bei der plötzlichen Massenentlassung war es nicht möglich, für das Fortkommen der in Freiheit Gesetzten zu sorgen. Zahlreiche Gefangene sollen erklärt haben, dass sie es vorzögen, in der Anstalt

---

[1]) Berliner Tagblatt vom 9. Oktober 1919 (Nr. 477). Ferner der Aufsatz von *Freudenthal*, « Unheilvolle Amnestiewirkungen » im Berliner Tagblatt vom 29. August 1919 (Nr. 404). *v. Hentig* schreibt in der Deutschen StR-Zeitung, VI, S. 220; « . . . es ergehen Amnestien, die der wissenschaftliche Kriminalist in ihrer Wahllosigkeit und Ausdehnung nicht anders als gemeingefährlich bezeichnen kann ».

zu bleiben, wo Arbeit, Brot und Wärme vorhanden seien, anstatt mitten im Winter in unruhigster Zeit vom gedeckten Tisch hinweggestossen zu werden. Infolge der Amnestie-Entlassungen «nahm die öffentliche Unsicherheit ungeheuer zu, das Heer der Arbeitslosen wurde vermehrt (in der Anstalt musste aber die eingeführte Arbeit aus Mangel an Kräften liegenbleiben!), die *Kriminalität* steigerte sich schnell und der Erfolg: Anfang Februar 1919 in acht Tagen 20 Einlieferungen» (*v. Einsiedel* in der Deutschen StR-Zeitung, VI, S. 123 f.).

Es ist selbstverständlich, dass derartige Daten nicht gegen das Institut der Amnestie überhaupt ausgebeutet werden dürfen. Aber sie zeigen mit erschreckender Deutlichkeit die Gefährlichkeit dieses Instrumentes, wenn es wahllos und ohne Einsicht in seine Wirkungen zur Anwendung gelangt.

Bei der Begrenzung einer Amnestie kann man nicht sorgfältig und zurückhaltend genug sein.

6. Ein weiterer Unterschied zwischen der Begnadigung i. e. S. und der Amnestie!

Die Begnadigung i. e. S. setzt regelmässig ein Gesuch voraus, das auf einem gesetzlich bestimmten Weg eingebracht und behandelt werden muss [1]. Die neuere Gesetzgebung zeigt gelegentlich die Tendenz, nicht nur den Verurteilten, bzw. seinen gesetzlichen Stellvertreter zur Gesuchstellung zuzulassen, sondern auch weitere interessierte Personen, z. B. den Ehegatten (schweizerischer StG-Entwurf, Art. 419, Abs. 1). Ja Art. 419, Abs. 2 des schweizerischen StG-Entwurfes sieht bei politischen Vergehen und damit im Zusammenhang stehenden Delikten die Möglichkeit vor, dass der Bundesrat oder eine Kantonsregierung das Begnadigungsverfahren einleitet. In jedem Falle aber handelt es sich um einen zwar ausserhalb des Prozesses selbst liegenden, aber durch die strafprozessuale Gesetzgebung geordneten Rechtsgang.

---

[1]) Für das eidgenössische Strafrecht sind massgebend die Art. 169 ff. der BStrPrO, im Militärrecht die Art. 214 ff. der MilStGO und die VO vom 12. Mai 1916 betreffend das Begnadigungsrecht in Militärsachen. Aus dem kantonalen Recht vgl. z. B. die §§ 487 ff. der zürcherischen StPrO von 1919.

Von derartigen Bindungen ist bei der Amnestie nicht die Rede. Hier taucht die Frage der Legitimation überhaupt nicht auf. Regelmässig wird die Initiative zu einer Amnestie von der Regierung selbst ausgehen (die deutsche, französische, belgische Amnestiegesetzgebung der neuesten Zeit). Jedenfalls bedarf es hier niemals eines Anstosses von aussen, was natürlich nicht ausschliesst, dass irgend jemand bei den Behörden den Erlass einer Amnestie anregt. Das schweizerische Staatsrecht hat eine solche Anregung richtig als Petition im Sinne von Art. 57 der BV bezeichnet [1]).

Die Amnestie mit ihrer umfassenden Tragweite und ihrem regelmässig — wenn auch nicht immer und notwendig — hochpolitischen Charakter nähert sich eben den Aufgaben, die der Staat auf dem Wege der Gesetzgebung zu lösen hat. In einigen Staaten (Frankreich z. B.) ist denn auch dieser Weg ausdrücklich vorgeschrieben [2]).

7. Die Frage, durch wen eine Amnestie gewährt werden kann, ist für das schweizerische Recht von besonderer Bedeutung. Die Auffassungen sind nicht einheitlich. In einer Hinsicht besteht zwar Klarheit. Art. 85, Ziff. 7 der BV erklärt, der Erlass einer Amnestie gehöre in den Geschäftskreis beider Räte der Bundesversammlung. Die Gesetzgebung tritt also nicht wie in Frankreich und Belgien auf den Plan. Und es ist für die schweizerischen Verhältnisse gut so, denn wenn ein Bundesgesetz notwendig wäre, würde die Möglichkeit des Referendums auftauchen. Das wird kaum jemand wünschen, auch abgesehen von der Verzögerung, die auf dem Gesetzgebungsweg unvermeidlich sein würde.

Dagegen bedarf die Frage noch einer Erörterung, ob die Gewährung einer Amnestie, wie unzweifelhaft die Begnadigung i. e. S., in den Geschäftskreis der *Vereinigten Bundesversammlung* fällt oder ob sie von den *getrennten Räten* zu behandeln ist und daher einen übereinstimmenden Beschluss beider Räte voraussetzt. Der Bundesrat hat diese Frage in

---

[1]) *Burckhardt,* Kommentar BV (2. Auflage), S. 697, auch *Schollenberger*, BV, S 507 f. und namentlich der Bundesrat, BBl 1902, V, S. 868, auch BBl 1919, III, S. 732.

[2]) *Florian,* l. c., p. 327, stellt für Italien ebenfalls die Forderung auf, Amnestien nur durch den Gesetzgeber zu gewähren.

seinem Bericht vom 16. Juni 1919 (BBl, III, S. 732 ff.) neuerdings wieder besonders ausführlich behandelt. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis und mit der fast einstimmigen Literatur wird angenommen, dass getrennte Behandlung erforderlich sei. Das wird einmal mit einer Wortinterpretation begründet: Art. 85, Ziff. 7 nenne als Verhandlungsgegenstände der beiden Räte nebeneinander Amnestie und Begnadigung, während bei der Aufzählung der von der vereinigten Bundesversammlung zu behandelnden Geschäfte in Art. 92 das Begnadigungsrecht allein aufgeführt sei. Schon *Stooss,* Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, I, S. 460, Note 1 hat das Buchstabenauslegung genannt. Es fällt in der Tat schwer, der herrschenden Auffassung zu folgen. In Art. 85, Ziff. 7 sind allerdings Amnestie und Begnadigung gesondert genannt, während Art. 92, ohne die Amnestie zu erwähnen, von der « Ausübung des Begnadigungsrechts » spricht. Ist aber die Amnestie, wie ich nachzuweisen versucht habe, eine Spielart der Begnadigung, so ist gar nichts anderes möglich, als auch den Erlass einer Amnestie unter den Ausdruck « Ausübung des Begnadigungsrechts » in Art. 92 der BV zu stellen. — Freilich bleibt der bundesrätliche Bericht nicht bei seiner problematischen Wortinterpretation stehen. Er bringt für die getrennte Behandlung durch beide Räte auch sachliche Gründe vor: Die Amnestie nähere sich dank ihrer Tragweite einem gesetzgeberischen Erlass. Vor allem aber rechtfertige es der ausgesprochen politische Charakter einer solchen Aktion, den Ständen den nämlichen Einfluss auf die Entscheidung einzuräumen wie der Volksvertretung, während in der Vereinigten Bundesversammlung die Standesstimmen als solche untergehen würden.

Auch diese Argumente vermögen mich nicht zu überzeugen. Haben die Wahlen, die durch die Vereinigte Bundesversammlung vorgenommen werden, nicht, wenigstens zum Teil, ausgesprochen politischen Charakter, bei denen ebenfalls die Stände verlangen könnten, ihren gesonderten Einfluss zur Geltung zu bringen?

Die Dinge liegen doch vielmehr so, dass sowohl bei den Wahlen gemäss Art. 85, Ziff. 4 und Art. 92 der BV, wie bei der « Ausübung des Begnadigungsrechts » das gesamte Parlament als Repräsentation des Landes die Volkssouveränität besonders eklatant zum Ausdruck bringen soll. Gnade zu ge-

währen ist aber in allerhöchstem Masse ein Recht des Souveräns. Man hat es bei der Begnadigung i. e. S. nie bestritten. Man sollte es bei dem viel weiter ausgreifenden Gnadenakt der Amnestie erst recht nicht bestreiten und nicht der Vereinigten Bundesversammlung eine Befugnis entziehen, die ihr auch nach der zutreffenden Wortauslegung der Verfassung zusteht.

* * *

Amnestien mag man verlästern, sie vom Standpunkt der Rechtsordnung als unerfreulich und gefährlich bezeichnen. In bewegter Zeit wird das Bedürfnis, zu amnestieren, doch immer wieder mit ungestümer Macht sich erheben. Die Länder, die den Krieg geführt haben, beweisen es. Aber auch in der Schweiz kommt man nicht um die Lösung der Frage herum, ob nicht mindestens den Refraktären durch Erlass einer Amnestie Gnade für Recht bewilligt werden soll.

Die Voruntersuchung im deutschen Strafverfahren.

Historisch, dogmatisch, kritisch.

NOTIZEN

von Professor Dr. ERNST DELAQUIS in Bern, Abteilungschef
im eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

«Als ich Kommissionsmaterial, Monographien, Juristenzeitung, Pressäusserungen durchwanderte, um mich für diese Stunde zu rüsten, befiel mich bange Sorge wegen der Schwierigkeit der Bewältigung und Beschränkung des ungeheuren Stoffes»[1]. Diese Worte, die *Kahl* bei Einleitung eines Vortrages über die Reform des Vorverfahrens aussprach, möchten wir uns zu eigen machen. Geschichte, geltende Satzung und Reform der Voruntersuchung in all ihren Ausstrahlungen im Rahmen einer räumlich beschränkten Abhandlung zu erörtern, ist nicht gut möglich. Notgedrungen müssen wir uns auf die Darstellung der massgebenden Richtungslinien beschränken. Denn allein die möglichst scharfe Hervorhebung solcher Entwicklungslinien vermag der Vielfältigkeit der Details Herr zu werden und diese zugleich den massgebenden Prinzipien systematisch anzugliedern[2].

---

[1]) *Kahl,* G A. Bd. 53, S. 1.

[2]) Die folgende Abhandlung fusst auf Material, das im wesentlichen schon vor einem Jahrzehnt gesammelt wurde. Bei Erscheinen des deutschen Entwurfes 1920 eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen war sie längst abgeschlossen. Dieser Entwurf will die Frucht sein «der sich über fast 4 Jahrzehnte erstreckenden Forschungen der Wissenschaft

I.

Die *geschichtliche Betrachtung* des Strafprozesses zeigt uns die treibende Kraft zweier Prinzipien, in die jegliche Einzelgestaltung restlos aufgeht, des Akkusations- und des Inquisitionsprinzips. Von der Akkusation ausgehend, führt die Entwicklung über die Inquisition zurück zum Anklageprozess. Und innerhalb dieser primären Evolution zeigt sich — damit zusammenhängend — die sekundäre: Scheidung und Vereinheitlichung des Gesamtprozesses, mit andern Worten: Existenz eines dem gleichen Prinzip wie das Hauptverfahren oder einem abweichenden Prinzip unterliegenden Vorverfahrens — speziell bei akkusationsgemässem Prozess — oder Mangel eines solchen — beim inquisitorischen Prozess.

Drei Fragen treten uns entgegen, die durch die im Titel angedeutete Aufgabe gestellt werden und deren Entscheidung in medias res führt: 1. Wie weit zurück ist die geschichtliche Betrachtung zu führen? — 2. Welchen Inhalt hat das Akkusations-, welchen das Inquisitionsprinzip? — 3. Wie ist der Begriff «Voruntersuchung» im Sinne der folgenden Ausführungen zu fassen?

---

und Erfahrungen der Praxis, der unermüdlichen Arbeit, die vor allem im Schosse der deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung geleistet worden ist» (D. J.-Ztg. 1920, Sp. 162). Er ist jedenfalls der vorläufige Abschluss einer lange schon angebahnten Entwicklung. In den oben zu besprechenden Fragen bewegt er sich ganz in der Richtung, die auch unserm Gedankengang entspricht: Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung; engeres Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei; Schlusstermin; würdigere Stellung der Verteidigung; Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses; Ausschaltung der verhängnisvollen Wirkung der «Aktenalpen». Er hat aber durchaus geteilte Aufnahme gefunden, die Angriffe sind nicht ausgeblieben, das Problem der Reform der Voruntersuchung ist damit erneut zur Diskussion gestellt. Darin sehen wir die innere Rechtfertigung der Veröffentlichung unserer Arbeit, deren äusserer Anlass in dem Wunsche liegt, *Emil Zürcher,* dem verdienten Rechtslehrer, dem unermüdlichen Vorkämpfer für die Strafrechtsreform in der Schweiz, dem verehrten Freunde Gruss und Glückwunsch zum 70. Geburtstag auszusprechen.

Wir haben davon abgesehen, die berücksichtigte umfangreiche Literatur in den Anmerkungen zu verarbeiten. Dem Kenner werden die Quellen, auf die sich unsere Ausführungen stützen, auch ohnedies bekannt sein.

Natürlich hätte es wenig Zweck, eine Untersuchung, deren Ziel in Vorschlägen de lege ferenda liegen soll, zurückzuführen, z. B. bis auf das Recht der Inder und Hebräer. Ebenso unfruchtbar wäre aber solch weites Zurückgreifen für die Erklärung der lex lata. Die Grundlagen der zu betrachtenden Rechtsentwicklung liegen im römischen, für den Prozess speziell im germanischen, im deutschen Recht. Hier beginnen festere Zusammenhänge. Diese Rechte werden also unserer Betrachtung einzuverleiben sein.

Immerhin sei eines nicht übersehen! Sieht man im Prozess den Niederschlag der politischen Struktur einer bestimmten Gesellschaft, nimmt man ein kausales Verhältnis zwischen Entwicklung des Gemeinwesens und Prozessentwicklung an, so könnte es immerhin von Wert sein, die *historische Untersuchung* weiter zurückzuführen und solche Zusammenhänge rechtsvergleichend klarzulegen. Dafür ist es z. B. schon äusserst wertvoll, im alten Ägypten das Vorhandensein der Staatsanwaltschaft und des Inquisitionsverfahrens festzustellen. Für uns ist weitergehende Beschränkung unumgänglich. —

Nun zu den *Prinzipien! Prins* hat diese einmal folgendermassen zusammengefasst:

«Le système accusatoire fait de la procédure criminelle une lutte entre l'accusateur et l'accusé, lutte publique, égale autant que possible, avec un juge impartial, „parrain des parties", pour donner gain de cause au bon droit.»

«Le système inquisitorial considère l'instruction comme une chasse à l'inculpé, le fait poursuivre et traquer dans l'ombre, par un juge d'enquêtes, afin de l'acculer dans un impasse et de l'accabler sous le fardeau de preuves qu'il n'a pu ni connaître ni combattre.»

Kurz: Das Akkusationsverfahren ist öffentlich, mündlich, kontradiktorisch. Zwei Parteien, der Ankläger und der Angeklagte, stehen vor dem unparteiischen, lediglich entscheidenden Richter. Die Geltendmachung des Strafanspruchs geschieht nicht durch das Gericht.

Das Inquisitionsverfahren ist geheim, schriftlich. Ankläger, Verteidiger und Richter vereinigen sich in einer Person. Der Richter selbst ist es, der den Strafanspruch geltend macht. —

Endlich der Begriff «*Voruntersuchung*»! Voruntersuchung im Sinne der folgenden Erörterungen ist der Komplex von Handlungen, die zwecks Feststellung der Begründetheit oder Unbegründetheit eines Tatverdachtes gegen eine bestimmte Person von einem Richter vorgenommen werden, der in seiner Person die drei Funktionen des Inquisitionsrichters vereinigt. Diese Voruntersuchung ist somit, sowohl als Teil des Prozesses, wie auch durch die Funktionen des Inquirenten verschieden von den Vorerhebungen des akkusatorischen Prozesses oder des spätern Kommunalgerichtsverfahrens. Ihre Spur reicht zurück in den Beginn des 13. Jahrhunderts. —

Es ist ein in der Strafprozessentwicklung aller Völker — in einem wesentlichen Punkte macht England eine Ausnahme — wiederkehrendes Bild, dass die Reaktion gegen das verbrecherische Handeln zunächst ganz dem Privatbelieben überlassen wird, um nach und nach ganz in die Hand des Staates überzugehen. Entscheidet reines Privatbelieben im Sinne von privater Willkür über diese Reaktion, so liegt kein Rechtsgang vor, der aber dann schon festzustellen ist, wenn staatliche Organe tätig werden nur nach Privatinitiative. Ein solches Verfahren zeigt das echte Bild akkusatorischen Prozesses. So der Prozess nach germanischer mannitio.

Erstarkende Staatsgewalt, Mangelhaftigkeit privater Verfolgung, Erweiterung des Staatsgebietes, Steigerung der Verbrechen sind je nachdem die treibenden Momente, des Bürgers Klagerecht in eine Klagepflicht zu ändern, bestimmten Staatsorganen Klagerecht zu verleihen, die private Klage zu verallgemeinern, die Untersuchung zu verstaatlichen. Ich gebe nur Stichproben. Ich denke an die in der Prozessentwicklung geradezu zentralen Rügegerichte des Frankenreiches, das Keimplasma des Schwurgerichts, das erste Anzeichen eines öffentlichen Ministeriums. Ich verweise auf die magistratische cognitio, auf die anquisitio Roms, erinnere an das Auftauchen des eigentlichen Akkusationsprozesses in Rom. Ich betone, dass dieses letztere Verfahren zur Kaiserzeit ein Offizialverfahren wurde. Und endlich lenke ich das Augenmerk auf die Irenarchen, die stationarii, curiosi, auf die richterliche inquisitio des Rügeverfahrens. Überall Anklageprozess, sei es mit privatem, sei es mit offiziellem Ankläger: im deutschen Recht der comes, missus

als Vorsitzender, zum Teil als Untersuchender, die Urteilssprecher (Rachimburgen, scabini) als Entscheidende, vor ihnen die Parteien. Und diese Struktur des Prozesses bleibt in Kraft noch zu den Zeiten der Feudaljustiz. Doch nicht mit Unrecht weist *Biener* darauf hin, dass schon im Rügeverfahren ein inquisitorisches Moment enthalten ist. Ein inquisitorisches Moment, doch niemals inquisitio, eine amtliche Untersuchung, doch nicht Voruntersuchung. — Deutet aber die denuntiatio nicht schon weiter?

Es sind den oben dargestellten analoge Gründe, weiterhin das durch kirchliche Einflüsse veranlasste Zurücktreten des Ordals und Mangelhaftigkeit des Beweisrechtes, es sind aber auch die ganzen, den Staat umbildenden Zeitströmungen, verbunden mit der Leichtigkeit des nunmehr folgenden umwälzenden Schrittes, welche dazu führen, den bisher geltenden Akkusationsprozess immer mehr der Inquisition zu opfern.

Noch die Carolina steht, der Bambergensis folgend, unter den Zeichen der Akkusation. Aber sie hat die inquisitorischen Momente erweitert. Und erinnern wir nur an das seit dem 14. Jahrhundert vorkommende Klagen von Amts wegen, dann an das Richten auf bösen Leumund, an die Berechtigung des Richters, in Fällen schwerer Verbrechen, bei clamor publicus, notorium, denuntiatio, den peinlichen Prozess selbständig zu instruieren, so ist der Schritt bis zur Verallgemeinerung der inquisitio nur ein kleiner.

Hier tritt uns nunmehr die Bedeutung einer ausserstaatlichen Entwicklung entgegen: der kirchliche Prozess.

Auch im kanonischen Prozess gilt zu Anfang accusatio. Doch neben ihr erscheint gerade hier ein selbständiges Verfahren bei infamia und clamor publicus, das schliesslich überragende Bedeutung erhält. Die accusatio in Verbindung mit der Haftung des Klägers tritt mehr und mehr zurück, die denuntiatio nach monitio evangelica (charitativa) bringt den Übergang zur inquisitio nach den oben genannten Voraussetzungen. Denn wie sollte anders die Begründetheit des Gerüchtes mit einiger Konsequenz festgestellt werden, wenn nicht von Amtes wegen?

Und diese Waffe geistlicher Despotie, ursprünglich zulässig nur gegenüber bestimmten Verbrechen, wird seit 1215 auf alle

Delikte ausgedehnt. An Schärfe gewinnt sie durch die ihr verbundene freie Beweiswürdigung. Und im Verlaufe der Jahrhunderte unterwirft sich dieser Inquisitionsprozess, propagiert durch den staatlichen Absolutismus, die ganze Kulturwelt, ausser England. Selbst die Kommunalgerichtsbarkeit fällt ihm anheim und gerade aus Italien ist die Tatsache bekannt, dass zur Inquisition nicht einmal mehr die fama vorausgesetzt wurde.

Auf die Nachteile des Inquisitionsprozesses und auf die in seinem Gefolge aufgetauchten Kontroversen einzugehen, ist hier nicht angängig. Die erstern wirken weiter bis in unsere Zeit und müssen unten notgedrungen berührt werden; die letztern führen aber ab von unserm Thema. Nur zweierlei sei kurz betont.

Der Ursprung des Inquisitionsprozesses war lange unklar, die *Schmidt*'sche Hypothese seiner Herkunft aus dem fränkisch-normannischen Rechte durch primäre Einführung in die italienischen Statuten und sekundäre Aufnahme durch die Kirche bestritten. Wir glauben aussprechen zu dürfen, dass *Zechbauer* in seinem Exkurse über Herkunft und Wesen des sizilischen Inquisitionsverfahrens überzeugend die Richtigkeit der Ansicht nachgewiesen hat, « dass Innocenz III. der Schöpfer des Inquisitionsprozesses, Friedrich II. von Hohenstaufen aber derjenige Herrscher war, der denselben durch seine sizilische Gesetzgebung zuerst in das weltliche Recht eingeführt hat ».

Und zweitens! Es wurde oben schon hervorgehoben, dass der Inquisitionsprozess — wenigstens ursprünglich — die Feststellung der Richtigkeit eines Gerüchtes zum Ausgangspunkte nimmt. So liegt es in der Natur der Sache, wenn wir schon früh eine Trennung des Verfahrens in Vor- und Hauptuntersuchung zu fixieren in der Lage sind, wie dies z. B. für die Zeit Innocenz IV. feststeht. Ich kann im folgenden nur andeuten und zitiere zu diesem Zwecke *Glaser:* « Das bedeutendste Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Strafprozesses zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert war die Gliederung des Verfahrens in die General- und Spezialinquisition, die Einschiebung des summarischen Verhörs zwischen diese beiden Teile, und die dadurch angebahnte Verlegung des Schwerpunktes des Verfahrens, welche zuletzt dahin führen musste, dass die Spezialinquisition zur wesenlosen Form wird. » Dieser Satz aus

Glasers meisterhafter Darstellung der geschichtlichen Grundlagen des neuen deutschen Strafprozessrechtes enthält die Quintessenz der Strafprozessentwicklung des gemeinen Rechtes. In der das summarische Verhör enthaltenden inquisitio generalis steckt die *Voruntersuchung*. —

Das Inquisitionsverfahren erreichte aber den höchsten Punkt der Entwicklung mit der Verdrängung der Spezialinquisition, bzw. mit deren Rückbildung zur feierlichen Reproduktion der Generalinquisition, zum feierlichen Schlussverhör, mit Ungehorsams-, Lügen-, Verdachtsstrafen, mit der Tortur! « Cela devait être! Après le secrêt la torture; on avait supprimé le débat, il fallait l'aveu », sagt *Prins*.

An der inquisitorischen Natur des Strafprozesses hielt dann die Rechtsentwicklung bis 1848 fest. So steht noch im 19. Jahrhundert die Voruntersuchung unter Leitung eines Inquirenten, der mit Strafen auf Wahrheit dringt, fast unbeschränkte Macht besitzt und in der Aufsicht eines Gerichtes geringe Hemmnisse findet, als Grundlage für die Urteilsfällung im Mittelpunkte des Verfahrens. Doch traten seit der französischen Revolution und der dadurch in Frankreich hervorgerufenen Umwandlung neue Ideen auch in den Kreis der deutschen Rechtsentwicklung: Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Akkusationsverfahren, Unmittelbarkeit und damit im Zusammenhange scharfe Trennung der verschiedenen Prozessstadien, Umgrenzung des thema probandum des Inquirenten usw. Der Kampf der Anhänger des Alten und der Neuerer wogte hin und her und erst der Umwälzung des Jahres 1848 ist es gelungen, jenen modernen Forderungen zur teilweisen Verwirklichung zu verhelfen. Die konstitutionelle Monarchie und in ihrem Gefolge die höhere Wertung der Persönlichkeit, im Gefolge damit die Überzeugung, dass der Inquisitionsprozess nicht fähig sei, die materielle Wahrheit festzustellen, waren Momente, die einer Umwandlung des Verfahrens den Boden bereiteten, und so entwickelte sich in Frankreich aus Information, richterlichem Anklagedekret und förmlicher Vernehmung die scharf durchgeführte Dreiteilung: Voruntersuchung, Versetzung in den Anklagezustand und mündliche, öffentliche Hauptverhandlung. Die deutsche Partikulargesetzgebung folgte auf diesem Wege, folgte auch in der Verwendung der massgebenden Prinzipien: inquisitorische, geheime Voruntersuchung,

akkusatorische — ich brauche diesen Begriff hier mit aller Reserve — öffentliche Hauptverhandlung. Das ist die Struktur des Strafprozesses geblieben bis auf die neueste Zeit.

II.

Nach § 152, Absatz 1 RStPO ist « zur Erhebung der öffentlichen Klage die Staatsanwaltschaft berufen ».

Nach § 168, Absatz 1, erhebt sie dieselbe « entweder durch einen Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung oder durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gerichte ».

Schon hierin ist die Mehrheit der strafprozessualen Grundprinzipien angedeutet.

Akkusatorisch ist die selbständige und alleinige Klageberechtigung des *Staatsanwaltes,* akkusatorisch das Ermittlungsverfahren, akkusatorische Einschläge zeigen sich selbst in der Voruntersuchung im Beschwerderecht des Staatsanwaltes nach § 181, in dessen Mitwirkung bei Enthaftung, in seiner prinzipiellen Befugnis, die Ausdehnung der Untersuchung nach Materie und Person zu bestimmen, die Akten jederzeit einzusehen und die ihm geeignet erscheinenden Anträge zu stellen.

Inquisitorisch ist und muss sein ihrem ganzen Wesen nach die *Voruntersuchung.* Sie wird eröffnet und geführt vom Untersuchungsrichter; dieser prüft ihre Zulässigkeit; der Staatsanwalt verliert nach deren Eröffnung alle Verfügung über die Klage. Der Untersuchungsrichter kann selbständig den Amtsrichter zur Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen, die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes um Ausführung einzelner Massregeln oder um Vornahme von Ermittlungen ersuchen. Er vereidigt Zeugen, konfrontiert sie, beides unter bestimmten Voraussetzungen; er erlässt den Haftbefehl und hebt ihn — allerdings nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft — auf; er vernimmt den Angeschuldigten in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers und ist hierbei — als echter Inquisitor — verpflichtet, ihm Gelegenheit zu geben « zur Beseitigung der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe und zur Geltendmachung der zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen »; ihm endlich stehen prinzipiell die Zwangsmassregeln der Voruntersuchung zu: Vorführung, Zeug-

niszwang, Durchsuchung, Beschlagnahme. Ist sein Wesen demnach echt inquisitorisch, so findet doch der Umfang seiner Befugnisse an gewissen — ich möchte sagen: akkusationsgemässen — Momenten seine Grenze. Wie oben schon bemerkt, bedarf er der Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Enthaftung eines Angeschuldigten. Er darf die Voruntersuchung nicht weiter ausdehnen, « als erforderlich ist, um eine Entscheidung darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte ausser Verfolgung zu setzen sei ». Und « last not least »: « Der Untersuchungsrichter darf in denjenigen Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichtes sein . . . . »

Weiterhin liegen auch in der *Einwirkung des Gerichtes* im Laufe der Voruntersuchung zum Teil inquisitorische Rudimente. Allerdings ist dessen Inaktiontreten zumeist rein formell, man könnte sagen geschäftsleitend, z. B. wenn es die gesamte Voruntersuchung nach § 183 einem Amtsrichter überträgt. Liegen aber im Ablehnungsbeschluss des § 178, im Eröffnungsbeschluss, in den Beschlüssen einer Ergänzung der Voruntersuchung oder der Eröffnung einer solchen oder auch der Vornahme einzelner Beweiserhebungen nicht Inquisitionskriterien? Denn einem reinen Akkusationsprozess entsprechen solche Facta unseres Erachtens nicht.

Am deutlichsten aber ist die Inquisitionsform ersichtlich aus der in der Reichsstrafprozessordnung dem *Angeschuldigten* und der *Verteidigung* angewiesenen Stellung. Dem Angeschuldigten sind wohl Abwehrbefugnisse gegen Gerichtsentscheidungen zugestanden, nur in beschränktem Umfang aber offensive Verteidigungsrechte, wie das Recht, selbst Sachverständige zum Augenscheinstermin zu laden. Die Grundpfeiler sachgemässer Verteidigung, die Akteneinsicht und der Verkehr mit dem Verteidiger sind untergraben. Zu ersterer besteht für den Verteidiger ein Recht erst « nach dem Schlusse der Voruntersuchung », bzw. « nach Einreichung der Anklageschrift bei dem Gericht ». Vorher ist ihm die Einsicht der gerichtlichen Untersuchungsakten nur « insoweit zu gestatten, als es ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen kann ». Und der Verkehr mit dem Verteidiger ist vor der Hauptverhandlung,

sowohl hinsichtlich schriftlicher Mitteilungen, wie mündlicher Rücksprache dadurch beschränkt, dass Schriftstücke auf Verlangen dem Richter vorzulegen sind und einer Unterredung bei Kollusionshaft eine Gerichtsperson beizuwohnen hat.

Die Akkusationsform der *Hauptverhandlung* dagegen zeigt sich schon in der Voruntersuchung. So bei antizipierten Beweisaufnahmen, bei denen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung Anwesenheit gestattet ist.

Ich fasse zusammen. Die Voruntersuchung wird (regelmässig) eröffnet auf Antrag des Staatsanwaltes, geführt vom Untersuchungsrichter. Sie findet in der gerichtlichen Entscheidung: *a)* das Hauptverfahren zu eröffnen, *b)* den Angeschuldigten ausser Verfolgung zu setzen oder *c)* das Verfahren vorläufig einzustellen, ihr tatsächliches Ende.

« Befriedigt ist von dieser Ordnung der Dinge . . . . niemand mehr » *(Kahl)*. Schwer ist zu sagen, welche Momente der heutigen Voruntersuchung nicht Angriffe erfahren haben. Die Organisation der Voruntersuchung als Ganzes, die Stellung des Beschuldigten, die Untersuchungshaft in ihren Voraussetzungen und in ihrer praktischen Anwendung, vor allem aber der Eröffnungsbeschluss, dann die Protokollierung und manches andere mehr ist als veraltet, unzweckmässig, reif zur Änderung bezeichnet worden.

Und — bleiben wir vorerst bei der Auslegung des geltenden Rechtes — es muss gesagt werden, dass es dogmatisch mannigfache Widersprüche aufweist.

Zunächst ein Punkt, den besonders *von Kries* (Lehrbuch) in den Vordergrund rückt. Er betont mit Recht, « dass der staatsanwaltliche Antrag auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung schlechterdings nicht als Klageerhebung im prozessualen Sinn erscheint, und dass es somit auch an jedem Grunde fehlt, den bezeichneten Inhalt für ihn zu verlangen ». Klageerhebung ist Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Berechtigung eines Anspruchs. Das aber beantragt der Staatsanwalt im vorliegenden Falle gar nicht. Konsequenzen einer irrigen Konstruktion sind: die Unmöglichkeit für die Staatsanwaltschaft, das Verfahren selbst einzustellen, die Möglichkeit eines gerichtlichen Zwanges zur Einleitung des Haupt-

verfahrens sowie die Bindung des Untersuchungsrichters an die staatsanwaltlichen Anträge. Wäre die Voruntersuchung ausserhalb des Prozesses gestellt worden, wie es der akkusationsgemässen Konstruktion entspräche, es wäre ein bedeutender Fortschritt erreicht gewesen durch grössere Klarheit im prozessualen Prinzip und geringere Kollisionsgefahr im Dualismus des Vorverfahrens.

Ein weiterer Widerspruch! Die Voruntersuchung ist obligatorisch in Schwur- und Reichsgerichtssachen; in Landgerichtssachen aber ist sie abhängig vom Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten nach § 199. Auf die Willkürlichkeit einer solchen Abgrenzung nach der Schwere der Tat wollen wir hier nicht eingehen. Der Grundgedanke des Gesetzes ist bei solcher Normierung offenbar der von *Planck* dahin formulierte: «Bei den schweren Verbrechen verlangt die Wichtigkeit des Gegenstandes und die den Rechten der Staatsbürger drohende grosse Gefahr eine grössere Sicherheit und Zuverlässigkeit der Nachforschung, als sie mutmasslich durch die alleinige Tätigkeit des Staatsanwaltes erreicht werden könnte». Deshalb also der Dualismus, deshalb die Untersuchung durch den unparteiischen Richter. Muss aber nicht auch der Staatsanwalt schon notgedrungen unparteiisch sein? Und nach allem Gesagten: Warum die notwendige Verteidigung des § 140 in Reichs- und Schwurgerichtssachen ganz allgemein? Man zweifelt also doch an der Unparteilichkeit? —

So zeigt das geltende Gesetz im Aufbau des Verfahrens einen weitgehenden Kompromiss zwischen Inquisitions- und Akkusationsformen. So bietet es dem einen wohl zu viel, dem andern zu wenig und ganz befriedigt ist kaum jemand. Doch wird man prinzipiell der Ansicht *Kahls* zustimmen müssen, dass gewisse Fehler des Vorverfahrens irreparabel sind. «Den Zwecken des Vorverfahrens ist nichts so hinderlich als Prinzipienreiterei. Die Kreuzung der Interessen ist oft so stark, das Bedürfnis aktuellen Eingreifens so unerwartet, dass man nicht umhin kann, Prinzipien zugunsten einer höhern Zweckmässigkeit daran zu geben.» Ausgehend von dieser Überzeugung, wird ein Gesetzeswerk nicht deshalb schon verurteilt werden dürfen, weil es das eine oder andere Prinzip nicht rein

erfasst hat, denn immer kommt es an auf zweckgemässen Ausgleich zwischen den Interessen des Individuums, die das Akkusationsprinzip, und jenen der Gesamtheit, die das Inquisitionsprinzip vor allem wahrt. So ist denn auch die Frage der Umwandlung der Voruntersuchung in der modernen Theorie nichts anderes als ein Forschen nach dem geringern oder weitern Vorherrschen des einen oder anderen Prinzips. Die richtige Kräfteverteilung zu finden, ist aber ein Problem des technischen Instinktes und praktischer Erfahrung! So drückt sich *Nagler* m. W. im « Gerichtssaal » aus.

III.

Die Gegnerschaft gegen die ganze Voruntersuchung oder gegen die Voruntersuchung in ihrer heutigen Gestalt ist alt. Kurz nenne ich die Namen *Geib*, *Keller*, *Liszt*, *Kohler*, *Kahl*; die einen am Beginn, die andern am Ende einer Entwicklungsreihe stehend; die ersteren für gänzliche Verdrängung, dagegen *Kahl* z. B. für organische Entwicklung der Voruntersuchung.

« Die erste Aufgabe der Reform des Strafprozesses wird es sein, die ganze Voruntersuchung und den Eröffnungsbeschluss aufzuheben; erst dann kann unser Strafverfahren von Grund aus umgestaltet werden. » So *Kohler* in seinen « Modernen Rechtsproblemen ».

« Da die gerichtliche Voruntersuchung notwendig inquisitorisch ist, da sie öffentlich, mündlich, kontradiktorisch gar nicht gedacht werden kann, muss sie fallen. » So *Liszt* in seiner « Reform des Strafverfahrens ».

Und *Kahl* postuliert in seinem sehr beachtenswerten Vortrag: eine Hauptverhandlung ohne Voruntersuchung bei zweifelhafter Schuldfrage, einfachem Tatbestand und klaren persönlichen Verhältnissen; dagegen Voruntersuchung, wenn die erfolgreiche Durchführung der Hauptverhandlung von umfangreicher und schwieriger Beweiserhebung abhängig ist, oder die persönlichen Verhältnisse des Täters sie erfordern.

Alle Namen der ungezählten Autoren, die sich mit unserer Frage beschäftigt, alle ihre Ansichten, gar alle Variationen dieser Ansichten anzuführen, ist hier unmöglich. Ich brauche

nur auf die Schriften von *Rosenberg* und *Mittermaier,* auf *Polzin* und besonders *Zucker* zu verweisen, um die Notwendigkeit einer Beschränkung darzulegen. Die gleiche Mannigfaltigkeit legt uns dann aber nahe, einzelne grundlegende Punkte herauszugreifen und das Pro und Kontra ohne Nennung der Vertreter der einzelnen Ansicht darzulegen.

Die *Anhänger der Voruntersuchung* sehen in ihr das notwendige, oft das beste, ja das allein zuverlässige Mittel zur Feststellung des staatlichen Strafanspruchs. Die Vorzüge der Voruntersuchung, die in der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des beteiligten Richters, in der einheitlichen Durchführung des von ihm aufgestellten Untersuchungsplanes, im grösseren Vertrauen des Angeschuldigten zum Untersuchungsrichter liegen sollen, gewährleisten ihres Erachtens eine zweckgemässe Rücksichtnahme auf die Interessen des Angeschuldigten wie des Staates. Zugleich geben sie der Voruntersuchung selbständige Existenzberechtigung neben dem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren, das durch Abhängigkeit der ermittelnden Behörde, Unmöglichkeit konsequenter Durchführung, Mangel an Vertrauen allzu einseitig erscheine. Auch sei dem gegnerischen Einwand gegenüber zu bestreiten, dass die Akten der Voruntersuchung den Richter der Hauptverhandlung beeinflussen, die Unmittelbarkeit stören.

Dagegen beruht nun der weitestgehende Einwand der *Gegner der heutigen Voruntersuchung* gerade auf deren Stellung zwischen dem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren und der Hauptverhandlung. Nach § 168 St P O. soll durch die vom Staatsanwalt angestellten Ermittlungen festgestellt werden, ob genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage vorliegt. Nach § 188 soll die Voruntersuchung eine Entscheidung darüber begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen sei. Somit ist der Zweck in beiden Fällen der gleiche. — Warum dann dieser Dualismus im Verfahren?

Ich fahre zunächst fort! — Dem Prinzip der Unmittelbarkeit des Reichsstrafprozesses entspricht die zentrale Stellung der *Hauptverhandlung*. «Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung.» Die

Voruntersuchung aber ist zweifellos geeignet, die Unmittelbarkeit zu schädigen, das Schwergewicht der Hauptverhandlung zu verschieben. Muss sie nicht schon aus diesem Grunde beseitigt werden, m. a. W. einem verbesserten Ermittlungsverfahren weichen?

Und sind die weiter oben *für* die Voruntersuchung, im Gegensatz zum staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren, in Anspruch genommenen Vorzüge auch wirklich vorhanden?

Die Unparteilichkeit des Untersuchungsrichters erscheint uns menschlich, nach dessen Stellung im Prozess, kaum möglich. Die Einheitlichkeit des Untersuchungsplanes aber wird stetsfort durchkreuzt werden durch die Anträge des Staatsanwaltes. Ob das Vertrauen des Angeschuldigten mehr zum Untersuchungsrichter oder zum Staatsanwalte neigt, darüber fehlt doch wohl ein allgemeingültiges Urteil. Ist die erstere Alternative richtig, so greift das Argument trotzdem nicht durch. Die Abhängigkeit des Anklägers halten wir für voll und ganz gerechtfertigt. Abhängigkeit ist nicht gleich Unwahrhaftigkeit, wie schon von *Lilienthal* mit Recht hervorgehoben wurde. — Und dann der Einfluss der Akten, der Protokolle? Hier ist die Ansicht der Anhänger der Voruntersuchung ebenso richtig, wie die der Gegner. Kurz: Quæstio facti! Wir möchten aber, ohne irgendwelche Spitze gegen die Richter, Allzumenschlichem vorbeugen.

Die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses wird allgemein gefordert. Ist denn die Sachlage hier so anders, als bei dem Postulat relativer Ausscheidung der Protokolle? Warum erhebt man jene Forderung? — Doch weil in dem Beschlusse eine Teilung und damit eine Schwächung der Verantwortlichkeit gelegen ist. Der Staatsanwalt kann sich auf die Überprüfung seiner Deduktionen durch das Gericht verlassen, die Eröffnungskammer darauf, dass der Staatsanwalt der besser Informierte in der Regel sein muss. Das erkennende Gericht befasst sich endlich mit der Angelegenheit, nachdem sie in gewissem Masse präjudiziert ist. Der Angeklagte ist in diesem Zeitpunkt von Rechtes wegen als « hinreichend verdächtig » bezeichnet worden. Auch hierin handelt sichs um eine Störung der Unmittelbarkeit!

Somit führt jede Auseinandersetzung über die Voruntersuchung zu der prinzipiellen Frage: Soll die Voruntersuchung überhaupt aufrecht erhalten bleiben oder nicht?

In dieser Hinsicht sind die Meinungen geteilt. Wir erinnern daran, dass den Arbeiten der J. K. V., welche immer klarer *für* deren Aufhebung eintraten, der Beschluss des 29. deutschen Juristentags entgegenstand, der einer prinzipiellen Auseinandersetzung aus dem Wege ging. Dem Votum *Kahls gegen* eine Eliminierung der Voruntersuchung steht dasjenige *Kohlers* und *von Liszts für* Eliminierung gegenüber.

In der Beantwortug der prinzipiellen Frage und in der Auffassung der vorzuschlagenden Detailreformen uneins, scheint somit die Theorie nur darin einig zu sein, dass die Voruntersuchung Verbesserungen verlangt, speziell bestehend in erweiterter Anpassung an die Anklageform. Vorschläge wie: «absolute» Öffentlichkeit, Parteienöffentlichkeit, kontradiktorische Verhandlung oder bloss passive Beteiligung des Angeschuldigten und seines Bevollmächtigten zuzulassen, weisen auf die Richtung hin, in der Verbesserungen als möglich erachtet werden.

Dass Autoren zu ähnlichen praktischen Ergebnissen gelangen, die von prinzipiell verschiedenem Ausgangspunkt ausgehen, verstärkt die Hoffnung darauf, dass ein Weg gefunden werde, der einer grossen Mehrheit gangbar schiene. Denn wie weit sind *praktisch Kahl* und *Liszt* von einander entfernt, wenn ersterer die Voruntersuchung für bestimmte Fälle beibehalten, in toto aber stark einschränken, letzterer sie aufgeben, aber in bestimmten Fällen einen sogenannten Vortermin zulassen will?

Dass die ganze Entwicklung zu stärkerer Betonung akkusatorischer Momente hinneigt, erweisen lange schon die Praxis und auch die Gesetzgebung.

Auf die *Praxis* möchten wir nicht näher eingehen. Wir könnten im wesentlichen nur statistische Zahlen anführen und sind in der glücklichen Lage, in dieser Hinsicht auf *Zuckers* Arbeiten hinweisen zu können. Durch diese ist längst erwiesen, dass Voruntersuchungen immer seltener beantragt werden. Tritt dazu noch der Umstand, dass auch in den Fällen obligatorischer Voruntersuchung der Zeitpunkt des Untersuchungsbeginnes in der Hand des Staatsanwaltes liegt, so wird es noch deutlicher, dass der grösste Teil der Verfolgungsarbeit heute schon im Ermittlungsverfahren geleistet wird.

Was sodann die *Gesetzgebung* anbelangt, so kann uns u. E. *Englands* akkusatorischer Prozess in der vorliegenden

Frage nicht zum Vorbild dienen. Volkscharakter, Rechtsentwicklung, Ausbildung der Untersuchungsfaktoren sind von den deutschen grundverschieden. Aus der Lektüre der auf Anregung der J. K. V. herausgegebenen Beiträge zur Reform des Strafprozesses haben wir die Überzeugung gewonnen, dass die englische Voruntersuchung — hier in einem weitern Sinn gebraucht — steht und fällt mit der Einrichtung der englischen Polizei. So können wir denn daraus in erster Linie hinsichtlich der deutschen Polizeiausbildung lernen und eine alte Forderung, die in Hessen und Baden Durchführung gefunden, erneut stützen, nämlich die Kriminalpolizei direkt der Staatsanwaltschaft zu unterstellen. Mehr aber nicht.

Frankreichs Gesetz von 1897 brachte Reformen in akkusatorischem Sinne, ist aber ein vollkommen verfehltes Experiment und hat mit der Zulassung des Verteidigers in rein passiver Rolle lediglich bei Vernehmung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung keineswegs die seinerzeit vom Parlamente erwarteten günstigen Folgen gehabt. Ausführlich berichtete darüber *Curtius* im Jahre 1903.

Endlich brachte schon der Entwurf zu einem Codice di procedura penale *Italiens* von 1905 einzelne sekundäre Fortschritte auch auf dem Gebiete der Voruntersuchung, denen aber zwei für Deutschland unverständliche Normen gegenüberstehen. Einmal die gröbliche Störung der Gleichheit der Parteien — wie *Rosenfeld* richtig hervorhebt (Mitteilungen der J. K. V., Bd. XIV, S. 160 f.) — durch die Bestimmung, dass nur der Staatsanwalt jederzeit das Recht der Akteneinsicht und der Anwesenheit bei den Untersuchungshandlungen habe. Dann der Ausschluss der Anwesenheit des Verteidigers bei Zeugenvernehmung, «selbst wenn das Erscheinen des Zeugen in der Hauptverhandlung voraussichtlich unmöglich sein wird». — Wenn wir recht sehen, hat auch die neueste Entwicklung Italiens nicht viel weiter geführt. Die Artikel 195, 198 des Codice di procedura penale von 1913 dürften im grossen ganzen zu den gleichen Folgerungen führen.

So wendet sich der Blick zurück zur *deutschen Rechtsentwicklung.* Vor allem waren hier die relativen Fortschritte des Entwurfs zu einer Strafprozessordnung von 1908 erfreulich.

Auch in diesem ist die Voruntersuchung beibehalten, glücklicherweise, gegen den Vorschlag der Strafprozesskommission, mit der im bisherigen Gesetz gestellten Aufgabe. — Parteiöffentlichkeit, genauere Fundierung des Haftbefehls, Festsetzung einer festen Frist für die amtsrichterliche Untersuchungshaft, Überprüfung der Haftfortdauer durch die Strafkammer in der Voruntersuchung, Beschränkung der Haftdauer bei mangelndem Antrag, schonende Behandlung der Untersuchungsgefangenen, erweiterte Verteidigungsrechte, « alsbaldige » Vernehmung des Angeschuldigten nach Eröffnung der Voruntersuchung, informatives Schlussgehör, Aufhebung des bisherigen Eröffnungsbeschlusses, Möglichkeit der Ausserverfolgungsetzung durch den Untersuchungsrichter; das sind alles neue, fortschrittliche Momente, Abschlagszahlungen für jene, die für gänzlichen Fortfall der Voruntersuchung plädieren, Marksteine auf dem Wege zu einem Prozess ohne Voruntersuchung, den wohl die Zukunft bringen wird und den die Tendenz zur Erweiterung der Akkusationsformen erhoffen lässt.

IV.

Uns bleibt nur noch die Aufgabe, in kurzen Strichen darzulegen, wie wir uns den *Prozess der Zukunft* denken.

Das einheitliche Vorverfahren liegt ganz in der Hand der dem Minister des Innern zu unterstellenden abhängigen Staatsanwaltschaft, welcher die Kriminalpolizei direkt untergeordnet ist. Das Legalitätsprinzip bleibt in Geltung. Die abhängige Stellung der Staatsanwaltschaft bietet für den Beschuldigten keinerlei Gefahr, sobald für eine zweckentsprechende Verteidigung gesorgt ist. Die Ermittlungen sind nach Möglichkeit vom Staatsanwalt persönlich vorzunehmen. Vorführung, unbeeidigte Vernehmung, Beschlagnahme, Durchsuchung im Vorverfahren sind der Staatsanwaltschaft zu überlassen, unter Festsetzung des Beschwerdeweges an das Gericht. Solcher inquisitorische Einschlag ist nicht zu vermeiden. Zum Erlass des Haftbefehls ist nur der Richter legitimiert nach kontradiktorischer Verhandlung. Ebenso liegen antizipierte Beweisaufnahmen natürlich in der Hand des Richters. Die Haft wegen Fluchtgefahr ist in der Weise zu regeln, wie es der Entwurf zur Strafprozessordnung 1908 für die Voruntersuchung festsetzt. Die Kollusions-

haft ist zu befristen. Innerhalb drei Wochen kann die Untersuchung regelmässig soweit gediehen sein, dass Kollusionen nicht mehr zu befürchten sind. Der Staatsanwalt ist naturgemäss Herr der Klage und kann diese jederzeit vor der Hauptverhandlung fallen lassen. Um aber Missbrauch oder auch nur Misstrauen in dieser Hinsicht oder bei etwaigem Antrag auf öffentliche Strafverfolgung zu vermeiden, soll die Beschwerde des Verletzten an das Gericht offen stehen. Vor diesem ist kontradiktorisch zu verhandeln. Ist bei beabsichtigter Einstellung der Ermittlungen nach Ansicht des Gerichtes die Sachlage genügend geklärt, so erfolgt entweder Einstellungsbeschluss oder es soll sofort der Termin zur Hauptverhandlung angesetzt werden. Andernfalls sind unter Umständen weitere Ermittlungen zu veranlassen und soll in einem Vortermin nochmals das Belastungs- und Entlastungsmaterial von den Parteien vorgeführt werden. Darauf erfolge endgültige Beschlussfassung in obiger Weise. Analoge Massnahmen sind zu treffen, wenn die Staatsanwaltschaft sich weigert, öffentliche Klage zu erheben.

Die Stellung, die man der Verteidigung einräumt, mag wesentlich berührt werden von der Auffassung, die man von ihren Aufgaben hat. Sieht man in der Verteidigung ein Organ der Rechtspflege — und diese Auffassung ist auch in Anwaltskreisen anerkannt — so kann man *Kohler* zustimmen, der weitgehende Verteidigungsrechte postuliert. Wir würden vorschlagen: Die Verteidigung hat einzutreten von dem Moment der ersten Vernehmung ab. In der Untersuchungshaft ist der Beschuldigte « alsbald » zu vernehmen. Den Vernehmungen des Beschuldigten wohnt der Verteidiger bei, ebenso dem Augenschein und antizipierten Zeugeneinvernahmen. Allgemein ist bei Zeugenvernehmung seine Anwesenheit zuzulassen, « soweit nicht eine Gefährdung des Untersuchungszweckes zu befürchten ist ». Der Verkehr zwischen Verteidiger und verhaftetem Angeschuldigten ist freizugeben. Gegen Missbrauch hat das materielle Recht Vorkehrungen zu treffen. Aber « unsere Rechtsanwaltschaft hat gewiss das Gerechtigkeitsgefühl in sich, ebenso wie die Staatsanwaltschaft und der Richterstand. Fürwahr, sie ist nicht so geartet, dass man von ihr befürchten müsste, dass die Verteidiger die Verbrecher durch geheime Hilfsmittel begünstigten und ihrer Strafe entzögen! » (*Kohler*). Es könnte

noch beigefügt werden, dass durch eine würdige Stellung der Verteidigung im Prozess auch jene Klagen verstummen würden, die dahin gehen, dass die besten Anwälte sich von Strafsachen fernhalten.

Weiterhin wäre es wohl zweckmässig — speziell hinsichtlich der Vernehmungen, denen der Verteidiger zunächst nicht beiwohnen könnte — wenn zwischen den Parteien ein Austausch orientierender Schriftsätze sich einbürgern würde. Ein informatorisches Schlussgehör nach Art des vom früheren Strafprozessentwurfe vorgeschlagenen ist unter Umständen wertvoll und könnte auf Antrag des Staatsanwaltes zu wiederholten Malen stattfinden. So bliebe es der Verfolgungsbehörde frei, vor Erhebung der Klage etwaigen neuen Anträgen der Verteidigung Folge zu leisten.

Die Protokollierung geschieht in gleicher Weise wie bisher, nur sind die Protokolle — und dies ist mit Recht das ceterum censeo *v. Lilienthals* — nicht mehr dem erkennenden Gerichte vorzulegen. Es wird zur Leitung der Verhandlungen genügen, wenn die Anklageschrift nach *Liszts* Vorschlägen umgeformt würde. —

Ob uns im Obigen gelungen ist, einen wenigstens gangbaren Weg zu weisen? Wir hoffen es. Berufeneren liegt ob, ausgearbeitete legislative Vorschläge zu machen. Ein vollgerüttelt Mass von Skepsis gegen sich selbst ist am Platze bei Erörterung einer Frage, die, aller Mühen der Besten unerachtet, zu einer befriedigenden Lösung noch nicht gediehen ist. Ein volles Mass von Skepsis, wenn man die Ungeklärtheit der Ansichten z. B. in den Beschlüssen des deutschen Juristentages festzustellen in der Lage war.

Ein Gesichtspunkt muss aber jede Reform auf unserem Gebiete beherrschen. Der Strafprozess ist da zur Verwirklichung des staatlichen Strafrechts. Er hängt somit unmittelbar von jenem ab. Man mag nun dem Kriminalrecht engere oder weitere Aufgaben setzen, man mag ihm weitestgehend Aufgaben setzen wie Prävention, Repression und — ich verweise auf die neueste Entwicklung — Laudation (Lohnmassnahmen), die zentrale Aufgabe ist eine scharfe, dem Delikte und der deliktischen Persönlichkeit entsprechende Repression.

Das darf nicht ausser acht gelassen werden. Man soll uns nicht, wie den französischen Gesetzgeber von 1897, erst daran mahnen müssen: « Il faut bien admettre en effet, malgré l'affection qu'on éprouve pour les inculpés et les accusés qu'il y a encore un petit intérêt à ce que la vindicte publique ne soit pas tout à fait désarmée ». Diesen Gedanken darf auch die Strafprozessgesetzgebung der Zukunft nicht übersehen.

Bemerkungen zum Institut der bedingten Verurteilung.

Von Staatsanwalt Dr. E. ZÜRCHER in Zürich.

I.

Die Anwendung der bedingten Verurteilung findet in jedem Einzelfalle so viele Schwierigkeiten, dass die Disskusion der grundsätzlichen Fragen über das Wesen der bedingten Verurteilung nicht als abgeschlossen gelten kann. Die bedingte Verurteilung ist ein Werkzeug der Rechtspflege. Welche Funktionen soll sie haben? Welche Zwecke verfolgt der sie anwendende Richter? Welcher besondern gedanklichen und allgemeinen psychischen Einstellung bedarf der Strafrichter, der sie verwendet? In welches Verhältnis zum herkömmlichen Rechtsbewusstsein und zu den Bedürfnissen der Bevölkerung setzt sich der sie anwendende Strafrichter? Sicherlich stellt das Institut der bedingten Verurteilung den Richter vor neue und ungewohnte Entschlüsse; wie entstehen sie, wie ist ihre innere Begründung im allgemeinen und in jedem Einzelfall?

Auf die kriminalpolitische Funktion des Institutes der bedingten Verurteilung setzen viele ihre grösste Hoffnung, bei vielen stösst sie auf Abweisung. Sie ist aus sehr praktischen Erwägungen entstanden (Ersatz der unnötigen und gefährlichen kurzzeitigen Freiheitsstrafe). Aber wir alle fühlen, dass aus den einfachen praktischen Erwägungen heraus hier nicht auch ein sofort einleuchtend praktisches Werkzeug gefunden wurde, sondern etwas Neues, das im Grenzgebiet wurzelt zwischen ausgereiften, gewohnten und noch nicht ausgereiften ungewohnten Anschauungen, die noch nicht die einfachen starken Impulse und die Direktiven für unsere Entschlüsse ohne weiteres

abzugeben vermögen und die noch viel weniger dem Volksganzen ein gemeinsames, nach dem gleichen Ziel hin dirigiertes Gefühl geben.

Wir tragen, da wir durch die ganze, von unserm erkennenden Bewusstsein umfasste Vergangenheit (von heute bis zum Altertum) geformt sind, auch die lebensfähig gebliebenen Ideale der Vergangenheit in uns. Zu diesen Idealen gehört dasjenige, mit welchem das Institut der bedingten Verurteilung am stärksten im Widerspruch steht, die *Sühne für jede Schuld.* Die Sühne entspricht in uns allen einem Bedürfnis von der grossen Gewalt religiöser Bedürfnisse und sie ist als Ideal sicherlich von allergrösstem Wert (wobei es sich jedoch frägt, ob dieses Ideal in das Gebiet der Moral gehört oder ob es in das Gebiet des Rechtes hinüberzutragen ist). Für den mit religiösen Vorstellungen im Zusammenhang stehenden Menschen ist der Gedanke an die Sühne von ganz direktem Wert, weil der Glaube an die Möglichkeit der Reinigung von Schuld und damit von Erlösung aus Gewissensqualen, die den Aufbau seiner Zukunft verunmöglichen, in ihr eine reale Erfahrung zu gewinnen scheint.

Sühne können wir uns und dem Nebenmenschen in verschiedener Art auferlegen. Das erste Gefühl ist aber meist, dass ein Übel, die Strafe im hergebrachten Sinn des Wortes, auferlegt werden müsse. Einer unserer besten Richter sagte: «Strafe reinigt, wie jedes Leid, macht sühnerein, unschuldig; das Leid heiligt. Welcher Verbrecher sollte dieses Leid nicht auf sich nehmen wollen?» Er fügte bei: «Ist da nicht die erleichternde Behandlung durch bedingten Aufschub der Strafe unwürdig? schädlich? Dabei kommen die Ursachen des Vergehens, soweit sie nicht Unzurechnungsfähigkeit bedingen, bei der Reinigung des Verbrechers von seiner Schuld gar nicht in Frage.»

Bis zu welcher Grenze ist diese Anschauung berechtigt? Die Erfahrung zeigt fast in allen Straffällen, in denen eine Analyse der psychischen Verhältnisse überhaupt möglich, dass ein Sühnebedürfnis beim Täter selbst entweder nicht vorhanden ist, künstlich erst in ihn hineingetragen wird, oder wenn es vorhanden, dass es oft gar nicht durch das Bewusstsein der

bestraften Tat an sich bedingt ist. Der Täter ist in den meisten Fällen erschreckt durch die eigene Tat, ärgerlich, wütend irregemacht an sich selbst durch das hinter ihm liegende Geschehen, er will nicht mehr verstehen, wie er dazugekommen, sich so auf den Gedanken an die Tat einzustellen, dass er sie gleichsam begehen *musste,* oder er versteht *uns* nicht, er tat, was ihm natürlich war, und ist gereizt darüber, dass man ihn einfing; in vielen Fällen ist ein dem Sühnebedürfnis entsprechendes Schuldbewusstsein zwar da, aber es umschliesst durchaus nicht das, was die Anklage ihm als vorsätzlich oder fahrlässige Schuld vorwirft, man kann sagen: überall, wo ein deutliches grosses Schuldgefühl vorhanden ist, stehen wir vor einer Abnormität und oft sind wir verpflichtet, zu untersuchen, ob nicht dieses Schuldgefühl in der pathologischen Gesamtanlage dieses Menschen begründet ist (der Irrenarzt begegnet ihm täglich), ob es nicht von dem betreffenden Täter nur künstlich auf seine Tat bezogen wird, ob nicht der Täter die Schuld zu fühlen angibt, aber sie an ganz falschem Orte sucht; diese Fälle, in denen Schuldgefühl und wirkliche Schuld gar nicht zusammenhängen, müssen uns aufmerksam machen. Wenn wir allzusehr uns vom Ideal der Sühne leiten lassen, unsere Funktion in der Strafrechtspflege durch dieses Ideal zu einseitig beeinflussen lassen, dann sind wir in Gefahr, den Boden der psychologischen Realitäten zu verlieren, indem wir Vorgänge in den Täter hineintragen, die nicht existieren, Schuldgefühl und Sühnebedürfnis einfach präsumieren. Je rücksichtsloser, die Wirklichkeit missachtender wir mehr und mehr uns hier zu präsumieren angewöhnen, desto mehr urteilen wir analog dem frühern Richter, der in gleicher unwirklicher Weise in Menschen, Tieren und Sachen Schuld präsumierte, um diese Schuld dann durch eine Strafe zu sühnen. Ist die Schonung des Sühnebedürfnisses als erzieherische Tendenz für die Bevölkerung nötig? Sühnebringung wirkt neben der vorgestellten Reinigung des Täters reinigend, moralisch, säubernd auf das ganze Volk und erscheint auch aus diesem Grunde unentbehrlich. Ist das so? Man kann sich vorstellen, dass eine allgemeine, sozial wichtige Funktion der Sühne zukommt, aber gewiss nur insofern, als durch das Hören von gesühnten Taten beim einen oder anderen in der Bevölkerung die mehr oder weniger grosse

Erschütterung, die durch das Hören in ihm bewirkt wird, ihm hilft, eine eigene gefahrdrohende Krise rascher zu überwinden. Dem Täter selbst gegenüber aber erreicht das Strafrecht, das Sühne will, sie nur in wenigen Fällen, wo durch das Schuldgefühl der Täter schon sich selbst bestraft und die Strafe nicht mehr nötig ist. Der Weg, den das Strafrecht allmählich nehmen muss, scheint da der zu sein, *dass es Sühne bringen wird, aber nicht wie bis jetzt ausleselos auf Grund einer allgemeinen Normierung, sondern nur ausnahmsweise*, wie der Arzt eine Medizin nicht zwangsmässig ausnahmslos allen, sondern nur bestimmten Patienten verschreibt.

Das Werkzeug der Sühnebringung ist für den Staat in erster Linie die Anwendung von *Gewalt* in der Form der Internierung in eine Strafanstalt, und zwar in der Weise, dass der Richter die Gewaltanwendung befiehlt und ein Dritter die Gewalt ausübt. Das entspricht dem Schlag, den der einzelne einem andern im Privatleben, etwa um eine Beleidigung zu sühnen, versetzt. Nun sagen uns aber die bedeutenden Kenner des Strafvollzuges übereinstimmend, dass dieser staatliche Gewaltakt nie die Wirkung einer reinigenden Sühne hat, sondern vom Gesichtspunkt des Strafvollziehers aus meist nur als Sicherungsmittel sinnvoll erscheint. Jarotzky sagt von der Gefängnisstrafe kurz: sie ist wertlos, weil sie entweder unnötig ist oder dann gefährlich. Der blossen Gewaltreaktion, die nicht zugleich eine auf den Fall angepasste Massnahme, ein Mittel zu einem helfenden Zweck, sondern wie der Sühnebegriff es verlangt, Gewaltakt als Selbstzweck ist, haften alle Nachteile jeder Gewalttat an. Sie verschlechtert das allgemeine moralische Milieu, sie hemmt mindestens die Entstehung und das Ausreifen eines allgemeinen Verantwortungsgefühles für die Beseitigung erkennbarer Ursachen des Verbrechens. Der blosse Stolz auf die Gewalt, die den Staatsorganen zur Verfügung steht, der Stolz darauf, Autorität wahren und Ordnung durch stete Gewaltakte halten zu können, ohne Rücksicht auf die damit zusammenhängende Niveauverschlechterung in der Bevölkerung, ist in der Psyche des Politikers häufig, der Richter darf diesen Stolz nicht haben wollen, auch nicht in der Mischung mit Vorstellungen, dass nebenbei eine notwendige Sicherung gefährlicher Elemente durch die Gewaltanwendung erfolgt.

II.

Fühlt der Richter die ihm selbst notwendige innere Befriedigung und Genugtuung überall da, wo er das Strafrecht unter dem Gesichtspunkt der Sühne anwendet? Wo er das «Rechtsgefühl» des durch ein Verbrechen Geschädigten und der erregten Bevölkerung nicht verletzen will, sondern dem Verlangen der Bevölkerung nach Gewaltreaktion, nach dem schmerzbringenden, rächenden staatlichen Gewaltakt nachgibt? Die Befriedigung des Richters liegt allein im Bewusstsein, positiv nützende Anordnungen getroffen zu haben und nicht im Bewusstsein, sich mit den Affekten des Geschädigten und der rachelustigen Bevölkerung identifiziert zu haben. Fühlt der Richter Befriedigung, wenn er erkennt, dass er Sühne bringt, dass er aber in den meisten Fällen eine «Schuld» (im strafrechtlichen Sinne des Wortes) nur präsumiert, sie als Fiktion seinem Denken zu Grunde legt? Dass in den meisten Fällen der Entschluss zur Tat, Vorstellung und Wille, die Komponenten des Vorsatzes, die dem Täter als Schuld angerechnet werden, nicht die wirkliche Schuld bedeuten, weil sehr oft der Täter zur Einsicht, die wir bei ihm fingieren, gar nicht fähig ist (diese Aufgabe ist auch dem völlig «Normalen» sehr oft viel zu schwer), weil der endliche Entschluss zur Tat für den Täter sehr oft bloss die Entladung, die Befreiung vom Druck, von der Pressung der bevorstehenden Tat, deren Vorstellung in ihm oft langsam erst gewachsen ist und die ihn verfolgt, bis die Stauung übermächtig die Dämme durchbricht? Die Fälle, in welchen der Entschlussmoment der wirkliche Moment der Entstehung der psychologischen Schuld ist, sind nicht häufig. Wenn er sieht, dass die Anwendung des Sühnestrafrechtes in den ungezählten Fällen der Mitwirkung pathologischer Faktoren (z. B. beim moralischen Defekt, bei allen Debilen, bei den fast täglichen Fällen des Zusammenhanges der Tat mit einer beginnenden, durch die neuesten und feinsten Methoden der Diagnose erst erkennbaren Dementia praecox) uns gar keine Überlegungsgrundlage für eine sichere Definition der Zurechnungsfähigkeit, der Basis des Strafrechtes gibt? Ferner in den Fällen, in welchen er einen «zur Zeit der Tat» zurechnungsfähig Gewesenen, heute Geisteskranken oder sonst Straferstehungsunfähigen dennoch zu Arbeitshaus verurteilen muss:

gibt das Befriedigung? Ist die Arbeit der quantitativen ungefähren Abschätzung bei der Ausfällung des Strafmasses, das Finden zufälliger Lösungen dabei, stets etwas Genugtuung Verschaffendes?

In allen diesen Fällen haben wir das festigende Gefühl der Pflichterfüllung in der Anwendung des einmal gegebenen Rechtes, aber nicht der inneren Sicherheit, die der Genugtuung im Hinblick auf das Resultat entspricht.

Alles drängt in uns, stärkere, uns innerlich tiefer ergreifende Vorstellungen zu gewinnen, die mehr eigenes inneres Genugtuungsgefühl erzeugen, als die Vorstellung der Sühnreaktion. Der uralte innere Zwang, für die Realisation des gesunden Sühneideals zu arbeiten, muss in uns sein, aber wenn stärkere, gestaltendere, zwingendere Ideale da sind und Mittel ihrer Verwirklichung sich zeigen, dann darf das schwächer leuchtende Ideal zurücktreten. Man vergegenwärtige sich: In der Untersuchung und in der Hauptverhandlung ist unsere Aufgabe die, die oft schwere und oft nur unter Zuhülfenahme der leistungsfähigsten, kompliziertesten Methoden der Naturwissenschaften unter grosser Anstrengung zu erreichende Rekonstruktion des Vorganges und die Identifikation des Verursachers zu erreichen und dann als letzten Akt die Strafe auszufällen, d. h. ein Übel für den Bestraften durch einen Gewaltakt des Staates hervorzurufen. Aber was *nachher* kommt, berührt alle bis dahin am Prozess beteiligten staatlichen Organe nicht. Das geht dann ganz andere Organe an, vor allem die Strafvollzugsorgane, die uns immer wieder versichern, dass die Erfolge, die wir ihnen wünschen, ausbleiben: der gefährliche Gewohnheitsverbrecher bleibt es nach der Straferstehung, der durch medizinische und erzieherische Behandlung zu beinflussen gewesene Alkoholiker wird erst im Gefängnis zum eigentlich Nervenkranken, dessen Behandlung aussichtslos und der für seine weiteste Umgebung Gefahr bedeutet. Weder die Organe, die bis zur Urteilsfällung, noch diejenigen, die im Strafvollzug tätig sind, können heute die Verantwortung übernehmen für die *Zukunft*, für die Zeit von der Entlassung des Bestraften an. Und doch ist sicher: *Die Verantwortung übernehmen für die Zukunft, in welcher der Verbrecher wieder frei sein wird,* sich wieder geltend

machen wird, das ist ein in den tiefst liegenden Komponenten unserer Persönlichkeit liegender Wunsch in uns. Sobald wir diesen Wunsch und die mit ihm verbundenen Vorstellungen zu werten versuchen, fühlen wir, welche Frische, Klarheit ihn ihm liegt, wie die Vorstellung der Sühnebringung wohl ihren Wert behält, aber dieser Wert hat nicht das Grenzenlose, nicht die Sicherheit, nicht die Gestaltungskraft und Auftriebskraft der keiner Verhärtung fähigen Verantwortungsvorstellung. (Zangger in «Medizin und Recht», Zürich 1919, beschreibt die Biologie und Funktion der Verantwortung.)

Die Geschichte der Wissenschaften gibt uns die eine zentralste Lehre, die uns den Gesichtspunkt abgibt zur Erfassung des Wertes der Rechtsinstitutionen: Wir sehen, dass jede Entdeckung und jede Neuschöpfung von Institutionen zuerst durch das eine formale Moment der Öffnung des Blickes in vorher nicht gekannte und nicht berücksichtigte Möglichkeiten und durch das Bewusstwerden, dass das bis dahin Wahre und allein Gegebene plötzlich zum bloss Möglichen und zum nicht mehr allein Gegebenen wird, eine Erschütterung in den Menschen wachruft, die einen Seelenzustand höchsten Wertes darstellt. Die Gewöhnung bringt jedoch mit eisernem Zwang allmählich das Verknöchern und Verhärten. Es gibt nur etwas in der ganzen Geschichte des menschlichen Denkens und Fühlens, das seinem Wesen gemäss niemals verhärten, verknöchern kann: das der Verantwortungsübernahme. Wo dieses Moment den innern Schlüssel zum Verstehen der Entdeckung oder Institution ganz wesentlich bildet, da sind die schädlichen Nebenwirkungen der Gewöhnung ganz ausgeschlossen. Die Technik ohne Verantwortungsübernahme wird zum verhärtenden verhärteten Ausbeutungs- und Gewaltmittel. Sie dient dann dem moralischen Niedergang. Die Medizin enthält in hohem Masse die Übernahme von Verantwortung für den Nebenmenschen, in dem neuen Rechtsinstitute des Kinderschutzes, des Vormundschaftsrechtes, wie es im ZGB ausgestaltet ist, ist sie ebenfalls das hervorragende Auftriebsmoment. In den Massnahmen im Entwurf des schweizerischen StrGB wird dieses Moment, das keiner Verhärtung unterliegt, das die Handhabenden stets verjüngt, jede Verödung, jeden Verlust an innerem Sinn verunmöglicht, in das Strafrecht aufgenommen.

Wird einmal die allgemeine innere Einstellung auf diese Betrachtungsweise gestellt sein und werden die ursachenfeststellenden Methoden so entwickelt sein, dass die heutige Lehre von den Schuldformen zurücktritt gegenüber der Verwertung der Erkenntnisse über die komplizierte *wirkliche*, nicht mehr meist nur fingierte, Verursachung des Verbrechens, dann lässt sich vorstellen, dass den Richter vor allem das eine zentrale grosse Gefühl beherrscht, die Verantwortung übernommen zu haben für das, was in der Zukunft liegt, die Sorge dafür, dass der Verbrecher nicht mehr schädigt, er sucht nach den Momenten, die ihm die einsichtsvolle Voraussicht gewähren kann, er sucht nach den therapeutischen und prophylaktischen Massnahmen und ordnet sie an, in dem Umfang, in welchem das Strafgesetz das ermöglicht. Mit dieser Einstellung umfasst er alle Verbrecherkategorien.

Die zentrale Einstellung auf die zukunftumschliessende Massnahme ist die notwendige Folge des ursachenerkennenden therapeutischen und prophylaktischen Denkens. Sie wird um so selbstverständlicher und innerlich notwendiger, zwingender, je mehr die Feststellungsmethoden sich verbessern und je mehr wir uns in den Verbrecher nicht mehr bloss mehr oder weniger sicher einfühlen durch intuitives Ahnen, sondern die in ihm lauernden Gefahren objektiv feststellen. Sie wird zum zentralen Bedürfnis. Dieses Zum-Bedürfnis-Werden erzeugt den gleichen Vorgang, den Zeller in seinem in diesem Heft abgedruckten Aufsatz andeutet, indem er sagt, es entspreche nur dem «tatsächlichen Geschehen», wenn die Klassifikation der Verletzungen der Rechtsordnung ohne Rücksicht auf ihre geschichtlich gewordene, durch die Tradition geforderte Klassifizierung variiert (z. B. bei der Behandlung sogenannter geringfügiger Fälle als blosse Übertretungen). Die Anpassung an das «tatsächliche Geschehen» setzt die exakter gewordene Erkenntnis des Geschehens voraus und diese zwingt naturnotwendig zum Denken mit dem den Lebensbedürfnissen entsprechenden Begriff der Massnahmen unter Zurückdrängung des Denkens mit vagen, unpraktischen, historischen Begriffen, zu denen die Sühne gehört.

III.

Alle Strafgesetzgebungen streben zwangsmässig dem System von Massnahmen zu, das dem Realisationsbestreben des richterlichen Verantwortungsgefühls entspricht. In dieses System stellt sich die bedingte Verurteilung neben die erzieherischen, heilenden und sichernden Massnahmen.

Sie ist deshalb kein Almosen, ihre Auffassung als Abart der Begnadigung, als «Rechtswohltat», ist verkehrt. Mit den der Amnestie, Abolition, Rehabilitation zu Grunde liegenden Überlegungen hat sie nichts gemein. Sie kann deshalb nicht auf dem Wege der Begnadigung durch das Mittel der Strafumwandlung für einen mit Freiheitsstrafe Belegten begehrt werden. Sie ist keine «mildere Strafart» im Sinne des § 492 der zürcher. StrPO. Sie wird in vielen Fällen auch als härter empfunden. Ihr Wesen liegt darin, dass sie ein Regulator der Lebensführung sein soll, der, wenn nötig, mit den stärksten und härtesten Mitteln seinen Zweck erstreben soll. Wird sie bei vorliegenden formalen und innern Voraussetzungen nicht ausgesprochen, so muss das wegen willkürlicher Nichtbeachtung des Gesetzes zur Kassation führen können.

Sie soll in *allen* Fällen, in denen sie als Schutzwerkzeug der Gesellschaft zweckmässig erscheint, ausgesprochen werden. Eine prinzipielle Beschränkung auf «leichte» Fälle im subjektiven oder objektiven Sinne des Wortes widerspricht ebenso wie die Beschränkung auf Nichtvorbestrafte dem Sinn des Institutes.

Sinnentsprechender als das System, nach welchem der Richter gezwungen ist, im bedingt verurteilenden Entscheid schon die Strafe auszusprechen, erscheint diejenige Ausgestaltung, bei welcher der Richter hierzu bloss ermächtigt wird, wobei ihm aber gleichzeitig das Recht zustehen soll, statt einer Strafe eine Massnahme (z. B. korrektionelle Unterweisung etc.) auszusprechen.

Während bei der Anwendung des geltenden übrigen Strafrechtes der Richter den Zustand des Täters zur Zeit der *Tat* als Ausgangspunkt für die Bestrafung nehmen muss, hat das bei der Anwendung der bedingten Verurteilung keinen rechten Sinn. Es ist hier notwendig, dass der Zustand des Täters zur Zeit der *Verurteilung* für die Anwendung der Massnahme und

die Art der Massnahme entscheidet. Ist der Täter seit der Tat ein wesentlich anderer geworden, hat die Tat, die vielleicht auf neurotischer Grundlage erfolgte, den Kranken geheilt, hat ihm die Ernüchterung, die Einsicht, die Behandlung durch die Familie usw. geändert, dann entscheidet die heutige Prognose für den bedingt verurteilenden und Weisungen des künftigen Verhaltens gebenden Richter. Die Fälle sind nicht selten, in denen umgekehrt der Täter erkrankte oder kränker wurde, so dass er straferstehungsunfähig ist, während er gleichzeitig in hohem Masse den seinem psychopathologischen Zustand angepassten Bedingungen der bedingten Verurteilung zugänglich ist.

Die Freiheit des Richters, für das Verhalten des Verurteilten während der Probezeit bestimmte *Weisungen* zu geben, ist in den meisten Gesetzgebungen eine sehr grosse. Es soll auch in der Tat der Richter frei diejenigen auswählen können, die der Psychologie des Täters angepasst sind. Aber das setzt voraus, dass der Täter, die Gefahren, die von ihm ausgehen, die Prognose, mit allen leistungsfähigsten Methoden objektiv festgestellt werden. Schon die Schwere der möglichen Weisungen erfordert, dass da Garantien bestehen; die Weisungen im Sinne der zürcher. StrPO beispielsweise können ja so weit gehen, dass sie dem Verurteilten vorschreiben, nicht zu heiraten, einen bestimmten Beruf zu betreiben oder aufzugeben, einen bestimmten Wohnsitz zu nehmen. Alles das sind grösste Eingriffe in die persönliche Freiheit.

IV.

Eine Auffassung, wie sie hier vertreten wird, arbeitet mit darauf hin, die starre Grenzmauer zwischen Straf- und Verwaltungsrecht immer mehr zu beseitigen. Je mehr das geschieht, desto mehr kann der Strafrichter in stets grösserer innerer Freiheit seine besten Eigenschaften verwenden. Vorsehende, schauende Lebenserfahrung kann sich in ganzem Umfang nur im Entschluss zu *Massnahmen* positiv betätigen, hier muss der Richter mit dem grösstmöglichen Einsatz an Naturbeobachtung, aber mit dem geringsten Aufwand von blossem Sühne- und Racheaffekt arbeiten. Den Eindruck, die Erkenntnis der natürlichen, äussern und innern Vorgänge überträgt er unmittelbar

auf das Blatt, dass er mit den adäquaten Massnahmen und unter diesen mit den therapeutischen und prophylaktischen Weisungen bei der bedingten Verurteilung beschreibt, durch die er *formen,* nicht nur schlagen will. Dass historische Begriffsgebäude bei der Abtragung der Grenze zwischen der strafrichterlichen, Sühne bringenden Tätigkeit und der die Menschen durch Massnahmen formenden administrativen Tätigkeit zerstört werden, ist kein Unglück. Es wird dabei viel Willkürliches und nichts Natürliches zerstört. Die Überlieferung zeigt uns in einer herrlichen Gestalt die natürliche Verkörperung der untrennbaren, unabgegrenzten Einheit von Richter und Verwaltungsperson, von Richter und König: in der ragenden Gestalt des Moses.

Der Hamburger Armenfreund Caspar v. Voght in seiner internationalen Wirksamkeit.

Von Prof. Dr. HEINR. SIEVEKING in Zürich.

Wenn heute der 1. Mai als Arbeiterfeiertag gilt, setzte der Konvent als erstes Fest das der *Armut* ein [1]. Was damals der Arme heischte, fordert heute selbstbewusst der Arbeiter.

Die Auffassung, dass der Arbeitslohn die Tendenz habe, sich den Erhaltungskosten einer Arbeiterfamilie gleichzustellen, stammt aus einer Zeit, in der man diese Erhaltungskosten auf Grund der ortsüblichen Lebenshaltung *obrigkeitlich* feststellen zu können meinte, in der es sich für die unterste Einkommensstufe darum handelte, diese Unterhaltskosten entweder als einfacher Taglöhner zu verdienen, oder als Armenunterstützung von der öffentlichen Organisation zu beziehen. Die soziale Frage war damals für die Arbeiter im wesentlichen Armenfrage [2].

Seither haben nicht nur die Arbeiter gelernt, ihre Interessen selbst zu vertreten; durch die Hineinbeziehung des Lohnvertrags in den freien Tauschverkehr ist auch klar geworden, dass diese Erhaltungskosten der Arbeiterfamilie keineswegs eine feststehende, sondern eine durch die Konjunkturen zu bestimmende

---

[1] *R. Schwander,* Die Armenpolitik Frankreichs während der grossen Revolution und die Weiterentwicklung der französischen Armengesetzgebung bis zur Gegenwart, 1904.

[2] A. v. Kostanecki, Arbeit und Armut, 1909.

Grösse sind. Schon den Klassikern war bewusst, dass die Ansprüche des Arbeiters von Gegend zu Gegend verschieden sind; war doch der irische Arbeiter mit weniger zufrieden als der englische. Aber noch in der neuesten Wirtschaftstheorie Liefmanns erscheint das Einkommen des letzten Arbeiters als preisbestimmend [1]). Wer ist aber dieser Letzte, der noch seinen Lohn empfängt? Wird hier nicht die *Leistung* des Arbeiters entscheidend sein? In der Tat hat schon Nasse darauf aufmerksam gemacht, dass die in der führenden Exportindustrie des Landes gezahlten Löhne in letzter Linie für das Preisniveau eines Landes massgebend seien. Gelingt es hier, z. B. in England der Textilindustrie, durch gute Leistung und Organisation auf dem Weltmarkte mit billigen Preisen sich zu behaupten, denen gleichwohl hohe Löhne gegenüberstehen, so werden diese Löhne auch alle andern Löhne des Landes und damit das gesamte Preisniveau heraufziehen [2]).

Durch diese Leistungsfähigkeit der Arbeit ist die Möglichkeit der Ausdehnung, aber auch die Grenze der Lebenshaltung gegeben. Der internationale Arbeiterschutz kann daher wohl die hygienischen Bedingungen und die Arbeitszeit einheitlich regeln. Den wirklichen Arbeitslohn muss er der Leistungsfähigkeit der Arbeit und dem durch den Arbeitsmarkt geschaffenen Ausgleich überlassen, wenn anders wirtschaftliche Überlegungen massgebend bleiben und nicht von der Vergangenheit angesammelte Reserven oder Aussichten der Zukunft vorzeitig verzehrt werden sollen.

In solcher Klarheit konnte das Problem des Arbeitslohns sich erst in der freien Verkehrswirtschaft des 19. Jahrhunderts stellen. Aber wie es heute nicht an Versuchen fehlt, diese im freien Verkehr zutage tretenden Grundlagen durch autoritäre Festlegungen zu verdunkeln, so schienen dem Zeitalter des Merkantilismus solche wohlgemeinten Eingriffe als das eigentlich

---

[1]) Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, II, S. 467, der Minimallohn als tauschwirtschaftlicher Grenzertrag bezeichnet.

[2]) Das Geld- und Münzwesen, Schönbergs Handbuch der politischen Ökonomie, 4. Auflage, I, S. 361. « Der Fortschritt der Kultur », sagt mit Recht Ch. Klumker, der Herausgeber der 3. Auflage von Roschers System der Armenpflege und Armenpolitik, 1906, S. 177, « wandelt fort und fort den Begriff der Not und Armut ».

Bestimmende. Die Praxis freilich lehrte, dass alle Politik nur dann Erfolg hatte, wenn sie mit den gegebenen Mitteln zu rechnen wusste; ihre Misserfolge zeigten die Grenzen ihres Könnens, das nicht ein beliebiges, wenn auch noch so schönes Ziel aus dem Boden stampfen konnte, sondern darauf angewiesen blieb, den Konjunkturen sich anzupassen, sie geschickt zu nutzen.

Im ganzen wird man heute, wie unter dem Konvent, eher zu Eingriffen zugunsten der Arbeitenden geneigt sein, während der Merkantilismus den Unternehmer mehr förderte. Allein diese Förderung geschah doch auch nur, weil man hoffte, durch das Unternehmen erhöhte Steuerkraft zu gewinnen und den Armen Beschäftigung zu gewähren. Immer wird neben staatlicher Pflege privater Initiative ihr Platz bleiben. So fehlte es in dem Jahrhundert der Humanität nicht an Philanthropen, die selbstlos der Sache der Armen sich annahmen.

Utopisten mag ein Leben ohne Strafe und ohne Elend vorschweben. Den praktischen Menschenfreunden des 18. Jahrhunderts kam es auf Milderung der Unmenschlichkeit der Strafe und des Elends an. Es scheint nicht unangebracht, in einer Festschrift zu Ehren eines Mannes, der auf dem modernen Boden der Demokratie sich der Reform der Strafe und des Arbeiterloses gewidmet hat, eines andern zu gedenken, der unter ganz andern Verhältnissen sich ähnlichen sozialen Aufgaben hingegeben hat, und so sei es mir gestattet, hier von dem Hamburger Armenfreunde Voght zu reden, der in seiner Weise im Zeitalter Napoleons die soziale Frage förderte.

Caspar Voght, 1752 in Hamburg als Sohn eines durch seine plattdeutschen Schnäcke bekannten Senators geboren, widerstand der damals die obern Schichten des Bürgertums erfassenden Eitelkeit nicht, es womöglich dem führenden Adel gleichzutun, und mit zwanzig Jahren wusste er es auf seiner Bildungsreise dahin zu bringen, an den Hoffesten von Versailles teilzunehmen [1]. Derselbe Voght begeisterte sich dann aber im Kreise Klopstocks mit seinen Freunden Sieveking und Poel für das Selbständigwerden des Bürgerstandes in der französischen Re-

[1]) O. Rüdiger, Caspar v. Voght, Ein hamburgisches Lebensbild, 1901, S. 16 ff.

volution, und einen grossen Teil seiner Musse widmete er der Verbesserung der Lage der zahlreichsten Klasse der Bevölkerung, der Erwerbsgelegenheit verschafft werden müsse, wolle man nicht die Grundlagen des Staates gefährden.

1781 hatte er nach dem Tode seines Vaters das Geschäft mit seinem Freunde Sieveking übernommen und sogleich versucht, den Zusammenbruch des Merkantilsystems zu benutzen, Hamburg Anteil am überseeischen Geschäft zu erringen. Nach anfänglichen Rückschlägen während des Freiheitskrieges der amerikanischen Kolonien arbeiteten die Konjunkturen für ihn. Die Versorgung von Paris mit Getreide in den Jahren der Revolution, dann die neuen Verbindungen mit Amerika wurden ihm so gewinnbringend, dass er das Geschäft sich selbst überlassen konnte [1]).

Schon 1785 hatte Voght sich in Flottbeck angekauft, das er erst als einen Park, später als ein Mustergut benutzte, auf dem er den englischen Fruchtwechsel und weitere intensive Gartenkulturen mit Maschinen- und Düngungsversuchen einführte. Diese Wirtschaft, die entferntere Holsteiner Güter nicht mit gleichem Erfolge durchführten, diente Thünen als erster Anstoss zu seiner Lehre von den Wirtschaftskreisen, die sich mit immer extensiverer Kultur um den Mittelpunkt, die Stadt Hamburg, herumlegten.

Schon in der Lehrzeit hatte sich Voght für die neu aufkommende deutsche Literatur begeistert. Klopstock und Lessing wurden mit den Freunden am Elbe- und Alsterufer gelesen, ehe man ins Comptoir eilen musste. Später war Voght ein eifriger Förderer des Theaters; mit Schröder befreundet, suchte er 1780 nach dessen Weggang aus Hamburg seine Bühne als Aktiengesellschaft aufrecht zu erhalten.

Der Bürgersinn hatte in den freien Städten Vereinigungen entstehen lassen, die gemeinnützige Aufgaben pflegten, für die der Staat nicht oder noch nicht in Betracht kam. Aus Versammlungen im Hause Reimarus war so 1765 in Hamburg die Patriotische Gesellschaft entstanden. Freiwillige Hülfe war es

---

[1]) H. Sieveking, G. H. Sieveking, Lebensbild eines hamburgischen Kaufmanns aus dem Zeitalter der französischen Revolution, Berlin 1913, VI, Das Handlungshaus Voght und Sieveking.

auch, die hier nach dem Plane des Prof. Büsch die in Hamburg wegen des Stockens der Manufakturen in den Achtzigerjahren bedenklich angeschwollene Armut bekämpfte.

Die Stadt wurde in Quartiere eingeteilt und mit Hülfe von 180 freiwilligen Pflegern der Zustand der einzelnen Hülfsbedürftigen erhoben. Neben einer Unmenge von Elend, schmutzigen Wohnungen, mangelhafter Kleidung, ungenügender Ernährung fand man auch Strassen, in denen gewerbsmässige Bettler es zu Wohlstand und Luxus gebracht hatten.

1787 wurde in *Hamburg* eine *Armenordnung* erlassen, deren Wesen in der Verbindung öffentlicher Leitung und Gewalt mit freiwilliger Leistung bestand. 20 bis 30 Familien wurden einem freiwilligen Pfleger anvertraut; 18 Pfleger standen unter einem ebensolchen Vorsteher. Hatte der Pfleger die Wünsche seiner Schutzbefohlenen zu vertreten, so mussten die Vorsteher sehen, inwiefern die Grundsätze der Anstalt ihre Befriedigung gestatteten. Die zehn Vorsteher, unter denen Voght und Günther die eifrigsten waren, bildeten mit fünf Senatoren und zwei Oberalten (Bürgerschaftsvertretern) die eigentliche Verwaltung. Durch Zuziehung der fünf Gotteskasten — Verwalter, die bisher das Armenwesen hauptsächlich besorgt hatten, und der drei Vorsteher der Armenhäuser erweiterte sich dieses Kolleg zum grossen Armen-Kollegium. Wie in der Verwaltung, wurde auch in der Aufbringung der Mittel neben den Staatsfinanzen die Wohltätigkeit aufgerufen, die sich in rechtem Bürgersinn betätigte.

Worauf es Voght und seinen Genossen bei dieser Anstalt vor allem ankam, war, dass sie nicht nur Almosen verteilen, sondern durch Verschaffung von Arbeit die Armut womöglich verhindern sollte. Damals waren $^4/_7$ der Armen Frauen, denen die Spinnerei, zu der sie angehalten wurden, Verdienst brachte; $^2/_7$ waren Kinder, denen eine Arbeitsschule eingerichtet wurde so dass sie statt einer Last für die Familie zu Miterwerbenden wurden. Von den männlichen Armen waren $^3/_5$ über sechzig Jahre, die andern Invalide.

Zu Ausgang des Jahrhunderts konnte die Armenanstalt in ihren Berichten auf schöne Erfolge hinweisen: Die Anzahl der Armen war zurückgegangen, Nichtarbeitswillige konnten nun schärfer zurückgewiesen werden. Neben der Arbeitsbeschaffung

für Frauen und Kinder waren andere Anstalten zur Verhütung der Armut ausgebildet: Die Anstalt griff in Krankheitsfällen ein und richtete eine Vorschusskasse ein, die das verhängnisvolle Feld des Wuchers und der Pfandleihanstalten einschränkte [1]).

Schon in seinem 19. Jahre hatte Voght die Bekanntschaft Howards, des englischen Reformators der Gefängnisse und Lazarette, gemacht. Er hatte ihn bei seinem Besuche in Hamburg, da sein Vater Prätor war, in den Gefängnissen und Strafanstalten Hamburgs herumführen dürfen. Voght bewunderte die Ruhe und Milde, mit der Howard das Zutrauen der Gefangenen gewann, und die Klarheit seiner Bemerkungen. Er schwur, später seine Musse so gemeinnützig wie möglich zu verwenden, und er hat Wort gehalten [2]).

1793—1795 riss sich Voght von seinen Hamburger Freunden los, um sich in London und Edinburgh den Studien, besonders der Chemie, zu widmen. Dabei studierte er eifrig die wirtschaftliche Verfassung des Landes, besonders den Ackerbau und die nach Howards Plan angelegten Besserungshäuser und Gefängnisse. Er liess einen Bericht über die Hamburger Armenanstalt drucken. Im ganzen jedoch war hier Voght der Empfangende, der scharf die grossbritannische Entwicklung in dieser wichtigen Übergangszeit zu beobachten suchte.

Die Krise des Jahres 1799 nahm auch das Voghtsche Haus mit. Im selben Jahre starben sein Geschäfts- und Herzensfreund Sieveking und seine Mutter. Arg darnieder, musste Voght in

---

[1]) *Voght,* Gesammeltes aus der Geschichte der Armenanstalt während ihrer 50jährigen Dauer, Hamburg 1838, S. 45 ff. Auch *Roscher* widmet in seinem «System der Armenpflege und Armenpolitik» 1894 die eine Hälfte, das 2. Buch, den diätetischen Teil, Anstalten, die Armut zu verhüten, und gedenkt dort der Sparkassen, Leihhäuser, Konsumvereine und der Lebensversicherung. Roscher gedenkt Voghts als eines der ersten, der eine Statistik der Armut versucht, 3. Auflage, S. 28. «Suche vor allem entstehender Armut vorzubeugen», ist nach Roscher wie bei Voght ein leitender Grundsatz jeder guten Armenpolitik, S. 71. *De Gerando,* De la bienfaisance publique, Paris 1839, III, S. 506 ff., erwähnt des Hamburger Instituts als des bedeutendsten Beispiels der Versorgung durch Arbeitsbeschaffung.

[2]) v. Vogt, Lebensgeschichte (Abdruck der Selbstbiographie), Hamburgische Hausbibliothek, 1917, S. 20. Als Heros philanthropischer Bestrebungen feiert *De Gerando* Howard, I, S. XX f.

Karlsbad Heilung suchen. Hier hat er nicht nur die Bekanntschaft Goethes gemacht; die dort angeknüpften Beziehungen mit dem österreichischen Adel sollten ihn zu einem neuen Wirkungskreis führen. Eifrig benutzte Voght die Konversation, auf die Bedeutung der Armenfrage aufmerksam zu machen. Als « Armensorger » wurde er in Karlsbad begrüsst und seine Freunde meinten, ihn bald den « Reichsarmenversorger » nennen zu können.

In der Tat lud der Kaiser ihn ein, das Armenwesen *Wiens* zu studieren und Vorschläge zu seiner Besserung zu tun. Die Hamburger Erfahrungen fingen an, als Muster für derartige Einrichtungen zu gelten und Voght, der Bürger einer Reichsstadt, war vielleicht berufen, auf das Glück von Millionen zu wirken, das Elend vieler tausend Leidender zu erleichtern. Das konnte kein Buch. Das konnte nur die Tat. Und so sehen wir Voght im Winter 1801/02 in Wien dieser Aufgabe sich widmen [1].

Was in Hamburg gemeinnütziger Bürgersinn erleichterte, schien die ständische Zersplitterung in Wien zu erschweren. Allein der Kaiser erklärte, bei einem so gottgefälligen Werk sei jedermann gleich. So gelang es, 400 Pfleger aus dem Bürgerstande, den Beamten und dem Adel zu gewinnen. Die Vorsteher wurden aus den alten Familien genommen. An der Spitze stand eine Hofkommission unter dem Schwiegersohn des Staatskanzlers, des Fürsten Colloredo, dem Grafen Kufstein.

Hier hatte Voght zu berichten über das, was er in Wien vorfand, und wie nach dem Hamburger System zu bessern sei. Er fand das Armenwesen in den Händen der Priester. Die Almosen wurden mit der Menschenfreundlichkeit und dem Wohlwollen, die den Wienern eigen, aber ohne Untersuchung gespendet. Ein Fünftel der Einwohner Wiens erhielt Unterstützung, am meisten die, die öfters zur Messe und Beichte gingen.

Am meisten Erfolg hatte Voght mit der Einrichtung der Suppenspeisungen nach dem Muster Rumfords, denen auch von militärischer Seite viel Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Schwieriger war es, durch Arbeitsanstalten, Werkhäuser und Strafhäuser die Zahl der Armen zu mindern. Das Karmeliter-

[1]) Das folgende nach dem leider nur zum Teil erhaltenen handschriftlichen Nachlass Voghts.

Kloster, das bis dahin dem Hofkriegsrat gedient hatte, wurde zu einem Arbeitshaus ersehen, das 500 Seelen fassen sollte. Die Geistlichkeit sollte auf die Verteilung der Gaben unter Aufsicht der Anstalt beschränkt werden. Hier aber gelang es Voght nur, die allgemeinen Grundlagen in einer Armenordnung niederzulegen, die dann auch den andern Städten des Reiches, besonders Prag und Pressburg, zum Muster diente. Bei der Ausführung zeigte sich die Schwierigkeit durchgreifender Massregeln in Österreich. Es wurden zu viel alte Ansprüche geachtet, und der gute Kaiser wollte nur durch Überredung wirken.

Edlen Frauen, an ihrer Spitze der Gräfin Colloredo, einem Engel an Güte, glaubte Voght seine Haupterfolge zu danken. Denn seine Worte kamen von Herzen und gingen zu Herzen. Einmal aber verschlossen sich ihm plötzlich die Herzen und die Häuser: Er hatte für die Versammlungen den Ausdruck « Comité » gebraucht. Da hielten die Damen der Aristokratie den protestantischen Ausländer erschreckt für einen Jakobiner, der allgemeine Gleichheit predigte. Der Kaiser musste ihnen klar machen, dass es auch andere Comités als den Wohlfahrtsausschuss gäbe. Dankbar für die Anregungen, die er der Kaiserstadt gegeben, entliess der Kaiser Franz Voght mit dem Reichsfreiherrntitel [1]).

Das in Wien begonnene Werk wurde im nächsten Winter in *Berlin* fortgesetzt. Persönliche Beziehungen führten Voght in die preussische Hauptstadt. Er wollte dort den glänzenden Hof sehen, der sich um die Königin Luise scharte, und er machte in der Karnevalszeit eine Reihe von Festen mit. Daneben hörte Voght Schlegels Vorlesungen über Literatur. Aber der König forderte ihn sofort auf, die Anstalten Berlins zu besuchen; nach Voghts Bericht wurde eine Kommission zur Besserung der Mängel eingesetzt.

Alles schien in Berlin Voght anders als in Wien: statt der Milde rauher Ernst, aber heilsame Strenge, weniger persönliche Rücksichten, aber grössere Schnelligkeit in der Ausführung. Der Berliner Arme war ärmer als der Wiener, aber er erregte

---

[1]) Als Erfolg der Voght'schen Massnahmen bucht *De Gerando,* I, S. 123, einen Rückgang der Unterstützten in Wien fast um die Hälfte. Die erheuchelte Armut verschwand.

nicht so viel Mitleid. Es gab ein Drittel weniger Arme als in Wien, dafür wurde den Verschämten weniger gegeben.

Voght fand an den Anstalten vieles zu loben. Alle preussischen Etablissements wären der einfachen Administration, strengen Ordnung und grossen Sparsamkeit wegen merkwürdig. Gegenüber der teuren Unzweckmässigkeit des Hamburger Zuchthauses fand Voght im Berliner 500 Menschen, von denen 200 nicht arbeitsfähig, ganz gut gehalten für 10,000 Thaler leicht Geld jährlich. Im Armenwesen aber schien ihm fast alles zu tadeln. Es wurden nur Almosen verteilt nach unsichern Grundsätzen und auf unbestimmte Berichte. Damit wurde nur die Zahl der Armen vermehrt und keinem Übel gründlich abgeholfen.

Hier setzte Voght ein und es gelang ihm, auch in Berlin Beamte und Bürger zu seiner Auffassung zu gewinnen, durch eine vollendete Armenversorgung auf Gesundheit, Wohlstand und Sittlichkeit der 9/10 Teile der Bevölkerung zu wirken, um die man sich bisher zu wenig gekümmert habe und die doch eigentlich den Staat ausmachten. Der Minister v. Schrödter teilte ihm mit, dass auch in Königsberg und Danzig solche Anstalten angewandt werden sollten. Zur Erinnerung an seine Anregungen schenkte der König Voght ein Service aus der königlichen Manufaktur.

Auch nach Petersburg wollte man Voght haben. Doch er lehnte die Reise dahin ab. Er war es zufrieden, zunächst in Deutschland, besonders auch in Dresden und Fulda, für seine Pläne Teilnahme geweckt zu sehen [1]).

Der Niedergang des Geschäftes und die Besetzung Hamburgs durch die Franzosen liessen Voght 1807 auf Reisen Trost suchen. Diesmal ging es über Weimar, wo Goethe und Wieland besucht wurden, nach *Paris*.

Wie verändert fand Voght die französische Hauptstadt, die er zur Zeit der glänzenden Feste Ludwigs XV. und dann wieder der Rousseau'schen Naturschwärmerei in den Achtzigerjahren gesehen hatte! 4—5000 Menschen liess Napoleon zur Verschönerung der Hauptstadt arbeiten, aber bei aller Tätigkeit der

---

[1]) Die Hamburger Armenanstalt fand in 20 deutschen Städten Nachahmung. *W. v. Melle*, Die Entwicklung des öffentlichen Armenwesens in Hamburg, 1883, S. 108.

Franzosen, meinte Voght, würden Dezennien und der Tribut vieler überwundenen Völker dazu gehören, das wieder herzustellen, was das Werk von anderthalb Jahrhunderten gewesen und was einige Wochen der Revolution zerstört hatten.

Voght fand das Leben in Paris doppelt so teuer als vor 30 Jahren. Ein Ausgleich der Stände hatte sich vollzogen. Mit der Menge der Familien, die vor 22 Jahren Paris so viel Glanz und Verfeinerung gaben, liessen sich die neuen Reichen nicht vergleichen, dafür habe sich die Armut der untern Stände sehr vermindert. Das Brot gälte, was es ehemals galt; der Taglohn aber sei um das Doppelte gestiegen, so dass für den Fussgänger und Arbeiter Paris sehr gewonnen habe. Eine geringere Bevölkerung von etwa 500,000 Menschen verzehrte ebensoviel wie früher 650,000 [1]. Für ganz Frankreich fasste später Voght die Folgen der Revolution dahin zusammen, die Landleute und die arbeitenden Klassen der Städte seien wohlhabender, aber auch träger geworden, die hohen, reichen ärmer und besser.

Voght suchte seine nalten Freund Lecouteulx auf, den er seit den Siebzigerjahren von Spanien her kannte. Durch ihn wurde er mit Le Cretet, dem Minister des Innern, bekannt, der gerade einen Bericht über die Pariser Hospices zu verfassen hatte und sich freute, Voghts sachverständiges Urteil dabei verwenden zu können. Rumford, dessen Suppen er in Hamburg und Wien eingeführt hatte, De Gerando, damals erster Sekretär des Ministers des Innern, Montmorency, der sich ganz der Direktion der philanthropischen Gesellschaft, einem Armenbezirk und zwei Armenhäusern widmete, waren die ersten, die Voght im November 1807 aufsuchte.

Wie in Berlin war in Paris auf die Anstalten die grösste Sorgfalt verwandt. Aber es konnten hier ganz andere Mittel angewandt werden. Nichts fand Voght trefflicher als die Pariser Spitäler. Nur der Luxus sei an ihnen auszusetzen. Die musterhafte Einrichtung des Hotel Dieu sei ebenso merkwürdig wie seine Mängel vor der Revolution. Es gäbe kein vollkommeneres

[1]) Nach einer Mitteilung Monbrets, des Leiters des statistischen Bureaus, wies Paris, das einst 700,000 Einwohner zählte, 1807 580,000 auf, 187,930 Männer, 226,304 Weiber, 149,116 Kinder, 17,259 Fremde. Auch die Revolution von 1830 brachte einen Rückgang der Bevölkerung von Paris, De Gerando, I, S. 304.

Hospital als St. Louis. Seit der Revolution hätte man auf diesem Gebiete Wunder getan und besserte noch täglich. Auch auf ihre Hospize könnten die Pariser stolz sein. Besonders das Rechnungswesen sei bewunderungswürdig. Die Berichte gingen wöchentlich an eine Verwaltungskommission und monatlich an den Conseil général.

In der Krippe kamen jeden Morgen einige zwanzig Neugeborne an. Man konnte nicht ohne Rührung die sechzig Kleinen ansehen, die hier in ihren Wiegen lagen, gewärmt, gereinigt, gewogen, um nach drei Tagen der Untersuchung Ammen aufs Land ausgetan zu werden. In 35 jähriger Tätigkeit hatte die vor kurzem verstorbene Vorsteherin Marc Guyot 320,000 Kinder in ihren Armen gehabt, ein schon aufgegebenes Kind durch mehr als mütterliche Pflege gerettet und ihm dann ihre kleine Verlassenschaft vermacht. Die Krippe bildete einen Teil des Findelhauses, in dem 2000—3000 Kinder aufgenommen wurden. Voght glaubte nicht an die Notwendigkeit eines solchen Findelhauses, hielt es sogar für schädlich, meinte aber, müsste es sein, so könne man sich seine Einrichtung nicht vollkommener denken. Es kostete über eine Million im Jahr.

Die Salpetrière, der Pastoret vorstand, war das grösste Armenhaus, das Voght auf all seinen Reisen gesehen. Dies Gebäude, eher eine schön gebaute Stadt, frei von allen Seiten, luftige Höfe und Gärten im Innern, beherbergte 4500 weibliche Arme. Unter 500 Wahnsinnigen waren auch die epileptischen mit eingesperrt. Ähnlich war das Hospice Bicètre für Männer der Zusammenfluss alles menschlichen Elends. Voght hielt solche Häuser für schädlich, konnte aber der Art, wie die Salpetrière gehalten, seinen Beifall nicht verweigern.

Mit Wehmut und Unwillen erfüllte Voght der Besuch des Gefängnisses von S. Lazare und des Zuchthauses von S. Denis. Solche Institute vermehrten jährlich die Zahl der Unglücklichen, statt sie zu bessern oder mindestens unschädlich für andere zu machen, und hegten und pflegten alle Laster. Unter diesen dem tiefsten Verderben geweihten Menschen waren 150 Kinder.

Mit Petit, der sich in der Verwaltung der Hospize Verdienste erworben und recht gut über Gefängnisse geschrieben hatte, wurden ebenso wie mit De Gerando und Montmorency Reformpläne erwogen. In seinem Bericht hatte Voght das

scheusslich Schlechte, um besser zu wirken, in das grellste Licht gestellt; wirklich wurden zwei der verderblichsten Häuser aufgehoben und zu mancher Verbesserung Versuche gemacht. Auch in die Strafgefängnisse, diese Wohnungen des Lasters, kam Arbeit, Zucht und Ordnung.

Um so ungeteilteren Beifalll schenkte in seinem Berichte Voght dem Leihhaus. In diesem Meisterstück von Administration und Komptabilität fand er einen von ihm so oft vergeblich vorgeschlagenen Entwurf verwirklicht. Denn auf die Mittel, die Armut zu verhindern, aus Armen wieder Arbeiter zu machen, musste ja die Armenpflege vor allem bedacht sein.

Der Mont de Piété stand unter der Aufsicht des ehrenamtlich trefflich zusammengesetzten Conseil d'hospices. Er schoss jährlich in Beträgen von 3 L. bis 100,000 L. die ungeheure Summe von 16 Millionen vor; 9 Millionen waren in beständiger Zirkulation. Das Etablissement hatte keinen Fonds, aber mehr Kredit als die Bank. Es lieh zu 5 % und verlieh zu 1 % im Monat, also zu 12 %. Die zu zahlenden Zinsen machten 450,000 L. aus, dazu traten 600,000 L. Unkosten, denen 1,150,000 L. Einnahmen entgegenstanden, so dass sich 100,000 L. Überschuss für die Armen ergab.

Das Gebäude nahm fast ein ganzes Quartier der Stadt ein. Treppen und Gänge hatten wie Gassen ihren Namen und Nummer. 400,000 Pfandsachen waren auf zehn ungeheuren Böden in parallelen Schränken so geordnet, dass jedes Stück in zwei Minuten gefunden werden konnte. 2800 Artikel gingen täglich ein und aus. Jeder wurde in einem Bureau beschrieben, in einem zweiten taxiert, in einem dritten der Name des Eigners und die begleitenden Umstände eingetragen, in einem vierten die Empfangsscheine, Recepisses, gegeben, im fünften das Geld bezahlt, und im sechsten in ein Lagerbuch und Register eingetragen, bis der siebte Mann die Sache in seine Kasse legte und in seinem Bodenbuch notierte. Beim Zurückgeben waren nur drei Hände nötig. An zehn Orten wurde täglich angenommen, an fünf wieder zurückgegeben.

Täglich war ein öffentlicher Verkauf in einer schönen Rotunde. Die Sachen wurden in zehn Klassen abgeteilt, von alten Kleidern bis zu Diamanten und Gemälden. Die grossen Posten gaben den Vorteil und bezahlten für die kleinen. Die

Kosten für jeden Artikel kamen auf 30 %, die Zinsen oft nur auf 4 %.

Voght meinte, nie mehr als hier habe er sich davon überzeugt, wie notwendig für die mittleren Klassen es sei, ein Stück Arbeit, Silberzeug oder entbehrliche Kleidung zum Behuf ihres Gewerbes versetzen zu können. Das sei ihr Kapital und die Zinsen eine unbedeutende Kleinigkeit. Es gäbe einige tausend Frauen in Paris, die 24 L. die Woche verdienten und kein anderes Kapital hätten als ihr Sonntagskleid. Das würde am Montag für einen Louis d'or versetzt. Mit diesem Louis d'or würde ein kleiner Handel, Hökerei, getrieben, der, einigemale des Tages wiederholt, seine 4 L. reichlich trüge. Am Ende der der Woche wären statt einem zwei Louis d'or da; man lebte mit einem, der andere schaffte das Sonntagskleid wieder, das den Montag wieder versetzt würde. Das kostete jedesmal 6 Sous.

In der Tat wurde hier Gebrauchsvermögen zu Erwerbsvermögen. Nur konnte von Akkumulation des Kapitals bei diesem Verfahren der Mittelklasse nicht die Rede sein [1]).

Voght wusste, wie die Revolution den Wohlstand geschädigt hatte. Die Unzulänglichkeit der Maschinen im Conservatoire des Arts zeigte den Rückstand dieser sonst so industriösen Nation. Drückende Auflagen, gehemmte Zirkulation, zerstörter Handel, Instabilität aller Anstalten, Mangel an Absatz der Erzeugnisse, zu niedrige Kornpreise, zu hoher Taglohn, jährliche Verluste der tüchtigsten Arbeiter durch die Konskription, verminderte und minder fruchtbare Ehen, allgemeine Mutlosigkeit, Verminderung aller unabhängigen Situationen des bürgerlichen Lebens, Mangel an ersten Materialien zu den Fabriken, all das liesse den verlorenen Wohlstand nicht schnell wieder zurückbringen.

1796 war die Hamburger Armenanstalt durch de Baudus, einen Emigranten, Mitarbeiter des Spectateur du Nord, bekannt geworden, und der Maire Duquesnoy hatte ihre Grundsätze

---

[1]) Auch *Roscher* erwähnt, S. 302, dass Leihhäuser die produktive Tätigkeit der niedern Klasse begünstigen können, wie denn in Paris viele, was sie irgend entbehren könnten, zu Anfang November verpfändeten, dann für den Weihnachtsmarkt arbeiteten und ihre Pfänder im Januar einlösten.

in Paris durchgeführt. Damals hatte man auf die umfassenden Pläne der Konvents, alle Unterstützungsberechtigten in das «livre de la bienfaisance nationale» einzutragen, verzichtet, an die Stelle der staatlichen Armenpflege die freiwilligen Leistungen, zu denen aber die Kommunen beitragen mussten, gesetzt[1]). 48 Bureaux de Bienfaisance waren eingerichtet, in denen Suppenzeichen, Brot, Holz, Bekleidung, an Alte auch Geld gegeben wurde. 87 000 Arme wurden hier unterstützt, aber nur mit 1½ Millionen, während 6½ Millionen auf 12,000 Menschen in den Hospitälern und Hospizen verwendet wurden. Diese erhielten also zuviel, jene zu wenig, und das Ganze wurde zwecklos verteilt. 10,000 leichte Kranke wurden jährlich in Paris in Hospitäler aufgenommen, die ebenso gut zu Hause gepflegt werden konnten; 1—2000 Menschen seien in den Hospizen zu viel und dies käme dadurch, dass keine gute Armenversorgung in ihren Wohnungen organisiert sei[2]).

Voght besuchte mit Maurice Caraman den von diesem geleiteten Armenbezirk Le Gros Caillou dicht an den Invaliden. Hier wohnten vorzüglich viel Arme; auf 15,000 Einwohner entfielen 3269, für die keine 30,000 L. zur Verfügung standen. Voght meinte freilich, bei einer genauen Untersuchung und gehörigen Administration würde wohl für die Hälfte durch Arbeit gesorgt werden können und für manche eine Unterstützung sich als unnötig erweisen. Immerhin hätten die übrig bleibenden 1000 bis 1200 Armen 50,000 L. mehr nötig, wenn dem höchsten Elend abgeholfen werden sollte.

Allein die kaiserliche Regierung sah mehr auf glanzvolle Anlagen, wie vier Millionen zur Verschönerung der Quais bestimmt wurden, während die 14,000 L. Subvention der Société philanthropique seit drei Jahren nicht gezahlt waren. Diese von Montmorency geleitete Gesellschaft widmete sich nach

---

[1]) *R. Schwander,* Die Armenpolitik Frankreichs, S. 89 f. Voghts Plan ging im Grunde darauf aus, durch Organisation der freiwilligen Hülfe in Verbindung mit staatlicher Autorität schliesslich das zu erreichen, was der Konvent durch ein schwer zu realisierendes Gesetz glaubte einführen zu können.

[2]) «Lasse den Armen womöglich im Schoss seiner Familie», ist ein leitender Grundsatz jeder guten Armenpolitik, *Roscher*, S. 75. Über die vorbildliche Art der häuslichen Armenpflege in Hamburg vgl. *De Gerando*, IV, S. 158 f.

Art der Hamburger Patriotischen Gesellschaft und der Gemeinnützigen Gesellschaften in Holland nnd der Schweiz besonders dem Armen-, Kranken-, und Unterrichtswesen. Nach dem von Dupont de Nemours herausgegebenen Berichte hatte sie mit ihren 40,000 L. 400,000 Suppen verteilt und 1445 Kranke durch ihre Medizinalanstalt verpflegt.

Voght bewunderte, was unter diesen Umständen persönliche Wohltätigkeit mit wenig Geld im Stillen leistete. Die frommen Damen der Aristokratie und die Sœurs de la Charité zeichneten sich hier aus. So wurde in Caramans Armenbezirk für 400 Kinder Schule gehalten und eine Medizinalanstalt, selbst ein kleines Krankenhaus für zehn Kranke eingerichtet. Voght schätzte sich glücklich, allenthalben mit solch wohltätigen Kreisen zuerst bekannt zu werden. Von den öffentlichen Anstalten entsprach einzig das Waisenhaus seinen Ideen; endlich ein Waisenhaus, meinte er, wo Arbeit die Hauptsache der Erziehung! Es hatte die Zahl seiner Zöglinge von 800 auf 150 dadurch heruntergebracht, dass es früh seine Kinder in die Lehre gab und sie dort für die wirkliche Welt erzog, während die abgeschlossene Erziehung sie fürs Leben unbrauchbar machte.

Voght suchte den Hof und die Geselligkeit auf, um für seine Ideen zu werben. Talleyrand teilte ihm bei einem Empfang mit, der Minister des Innern habe seine in Wien auch französisch gedruckte Darstellung des Hamburger Armenwesens für die Reform der französischen Anstalten heranziehen lassen. Nach Abfassung seines Berichts konnte sich Voght freier dem Zauber der Geselligkeit und des Theaters hingeben, in dem er Talma bewunderte. Durch De Gerando bekam Voght Einblick in die Verwaltung, er staunte über das Übermass der Arbeit, das der Kaiser von seinen Beamten verlangte. Durch Suard und Pastoret wurde Voght in die wissenschaftlichen Arbeiten des Instituts eingeführt. Madame d'Houdetot lebte in Rousseau-Erinnerungen; Madame Tallien, deren neuer Gatte Joseph Caraman um dieser Heirat willen mit seiner Familie zerfallen war, wusste in ihrem Tempel der Grazien als Muse der Geschichte von der Revolution zu erzählen. Besonders zog Frau Récamier Voght in ihre Kreise. Sie war damals aus Coppet zurückgekehrt, wo sie vom Prinzen von Preussen Abschied

genommen hatte. Die Vermögensverluste ihres Gatten liessen sie auf zwei Zimmer ihres Hauses sich zurückziehen, und doch gab sie von den 15,000 Franken Rente, die ihr aus der Erbschaft ihrer Mutter blieben, noch 1/8 für wohltätige Zwecke hin. Welche Freude war es da Voght, sie einmal wieder zum Besuch des Theaters zu bewegen. Ihr Salon vereinigte die trefflichsten Schriftsteller. Bei einem Ball ihres Mieters, des Grafen Palfy, sammelte sich schliesslich alles in den Zimmern der Récamier, ihr zu huldigen.

De Gerando, Montmorency traf Voght hier, und dieser Kreis, in dem auch Sabran und Constant sich einfanden, mochte ihn dadurch besonders ansprechen, dass er die deutsche Literatur mit Aufmerksamkeit verfolgte. In der Rue Montblanc, in dem Zimmer der Récamier las Voght am 17. März 1808 den Nathan. Bei De Gerando, dem Freunde Jacobis, trug Voght häufiger Klopstocks Oden vor. Selten sei Klopstock mit der Weihe gehört. Jordan, Frau Récamiers Lyoner Landsgenosse, hatte Klopstock übersetzt, wie De Gerando über Kant geschrieben hatte. Jetzt konnte Voght auch für Goethe sprechen.

Von der neueren Literatur beschäftigte aber nichts Voght so sehr wie Frau v. Stael. 1802 hatte er am Berliner Hofe von ihrer Delphine gesprochen, jetzt auf dem Wege nach Paris Corinna gelesen. Im Herbst 1808 sollte er der Dichterin in der Schweiz selbst näher treten.

Voght hatte als Jüngling in den 70er Jahren mit Müller und Bonstetten am Léman geschwärmt, aber jetzt erst glaubte er das rechte Verständnis für Schweizer Natur und Leben gewonnen zu haben. Begeistert schrieb Voght im Juli 1808 von einem Sonnenuntergang in der Heuernte im Angesicht des Rigi: Ich liess halten, sah lange die Sonne untergehen, mein Innerstes betete an! Und was mich freuet, ist, dass alle diese Leute hier dies jährlich wieder Kommende gar lebhaft fühlen. Am 10. August 1808 meinte er: «Die Ufer des Léman sind schön, aber dennoch ist mir der Züricher See, sind mir die Alpentäler lieber. Die Bäume sind grösser und schöner, das Grün frischer, die Vegetation üppiger, das Volk herziger und glücklicher. Im Pays de Vaud taugt es nichts». Und doch fand Voght unter den nach Hamburgs Muster in der Schweiz eingerichteten Armenanstalten als die vorzüglichste die von Vevey.

Voght suchte Pestalozzi und Fellenberg auf, über deren pädagogische Erfolge er eingehend nach Paris berichtete [1]). Fellenbergs landwirtschaftlichen Versuchen vermochte er jedoch nur lokale Bedeutung zuzumessen. Fellenberg habe für den Kanton Bern in der Ausbildung rationellen Ackerbaus das geleistet, was Thaer und Voght in Deutschland nach englischem Muster gewirkt.

Nachdem Voght vom Mai bis August das Land durchstreift, liess er sich in Secherons bei Genf nieder bei der Familie Finguerlin-Scherer. Frauen, die eine politische Rolle spielen wollten, hatte Voght nicht gern und er vermied es, Frau v. Stael aufzusuchen. Aber er erneuerte in Genf die Freundschaft mit Frau Rilliet-Huber, der engsten Freundin der Frau v. Stael; er hatte ihr Grüsse von Frau Récamier zu bringen, so konnte es nicht ausbleiben, dass er in den Bannkreis der Dichterin selbst gelangte. Sie lud ihn durch ihren Sohn und Constant nach Coppet ein. Dem ersten kürzeren Besuche folgten längere, und Voght fühlte sich bald in dem Kreise heimisch, den Constant, Bonstetten, Sismondi, Schlegel, de Sabran um Frau v. Stael bildeten.

Dem Frauenkenner mochte sie auf den ersten Blick wenig zusagen. Ihr Äusseres bot wenig Reize: klein, schlecht gebaut, viel zu stark, mit ganz verdorbenem Teint, den Mund durch einen vorstehenden Zahn, den sie vergebens zu verbergen suchte, entstellt, schlecht im Gang, ohne Grazie, bei einer vielleicht zu entschiedenen Haltung, so schildert sie Voght. Aber ihre sehr schönen Augen voll Feuer und eines ständig wechselnden und bewegten Ausdrucks, der ausdrucksvolle, wenn auch nicht tiefe, sonore Klang ihrer Stimme, vor allem der über alle ihre Züge verbreitete Charakter von Güte und Anschmiegsamkeit verwischten bald das Ungünstige des ersten Eindrucks.

Ihre Freundlichkeit war allgemein bekannt, ebenso wie ihre interessante Unterhaltung. Allem, was sie umgab, wollte sie gefallen, nicht mit Absicht, sondern weil es zu ihrem Wesen gehörte. Sie wusste Anekdoten mit unendlich viel Geist zu

---

[1]) Lettre à M. Sylvestre sur l'agriculture d'une partie de la Suisse et particulièrement de celle de Hofwyl, Paris 1809.

erzählen und konnte mit grösster Leichtigkeit treffend ähnliche Portraits hinwerfen. Sie erklärte, dies Talent ausgebildet zu haben, um ihren Vater von der Welt, aus der er sich zurückgezogen, zu unterhalten.

1808 war Frau v. Stael von ihrer zweiten Reise nach Deutschland zurückgekehrt; sie hatte der Politik entsagt und sich dem höchsten und grössten in der Welt zugewandt, voll reinster Begeisterung für alles Gute. Man konnte ihren Kreis mit dem Friedrichs II. und Katharinas vergleichen. Wie eine Fürstin wusste sie auf die besonderen Interessen der Freunde ihrer Tafelrunde einzugehen. Voght gegenüber zeigte sie sich ganz eingenommen von seinen Grundsätzen über die Verhütung der Armut durch Arbeitsbeschaffung. Sie liess Voghts Bericht über die Hamburger Armenanstalt, der ursprünglich 1795 für die Engländer verfasst, dann 1802 in Wien gedruckt war, durch Hess, einen Neffen Lavaters, neu übersetzen und wollte ihn mit einer Vorrede versehen [1]).

Frau v. Stael war damals mit ihrem Buche über Deutschland beschäftigt. Wenn auch Schlegel ihr hierin am meisten helfen konnte, so liess sie doch auch gern von andern Sachkennern sich raten. Voght, der auch in Coppet den Nathan las, konnte ihr von Schröder erzählen; und wer wusste ihr wohl so wie dieser Hamburger Einzelheiten über Klopstock zu berichten, die sie den schönen Worten über den frommen, begeisterten Sänger beifügt, wie Klopstock auf dem Sterbebette die Jugendworte aus seinem Messias, die Verse über den Tod der Maria, der Schwester des Lazarus, sich vorsagt, und wie diese Verse dann wieder verlesen werden an seinem Grabe, bei dem grossartigen Trauergeleit, mit dem ganz Hamburg den Dichterfürsten ehrte.

Schon der Herbst 1808 zeigte Voght von Frau v. Stael begeistert. Als er Frau Récamier für ihre Empfehlung in Coppet dankte, meinte er am 23. September 1808 von der Schlossherrin: sie wäre ein Engel, vom Himmel gesandt, die Güte auf Erden zu verbreiten. Ein reiner Himmelsstrahl verschönte ihren Geist und machte ihn unwiderstehlich. Zugleich tief und leicht, wüsste sie das mystische Geheimnis der Seele

[1]) Tableau historique des progrès de l'Etablissement des pauvres à Hambourg, Genève 1809.

und die leichteste Wendung der Stimmung zu erfassen. Ihr Geist glänzte, ohne zu blenden. Wohl gäbe es Irrtümer und Schwächen, die dies himmlische Gestirn verschleierten. Die Eingeweihten selbst müssten sich über solche Finsternisse betrüben, welche die Genfer Astronomen zu berechnen und vorherzusagen sich rissen [1]).

Vollends 1809, nachdem er den Winter wieder in Paris verbracht, richtete Voght sich häuslich in Coppet und Genf ein. Ihn zogen doch auch die Genfer ganz anders an als Frau v. Stael, die ihm einmal schrieb, das Land ihrer Verbannung sei nur nach der negativen Seite französisch, durch sein methodisches Wesen eher englisch, kurz, zum Sterben langweilig: Sie kennen die Fadigkeit (l'insipidité) von Genf. Der absolute Mangel an gemeinsamen Interessen und Ideen liess sie ihre Gefangenschaft empfinden wie eine Mauer, aus Menschengesichtern gebildet. Gegenüber den Genfern, vor denen sie nur zum Amusement ihren französischen Geist aus ihrem Schrank herauskramen könne, wäre Voght ein anderer Mittelpunkt der Geselligkeit gewesen. Das wäre eine Gabe, die man niemandem verleihen könnte. Voght dagegen schrieb am 3. Juli 1809: Mag sein, dass die Genfer wenig Einbildungskraft, eine gewisse Tiefe des Verstandes und Gemütes nicht haben, zu sehr alles berechnen, aber sie sind unterrichtet; noch lebt in ihnen die Würde der Unabhängigkeit; ihr Gemeinwesen ist ihnen noch teuer, Achtung ihrer Mitbürger noch wichtig, häusliche Tugenden und freundschaftliche Verhältnisse sind ihnen heimisch; sie haben einen richtigen, durch viele Kenntnisse geschärften Verstand, und so kann es einem wohl unter ihnen werden. Es ist ausser Paris die einzige Stadt Frankreichs, in der ich wohnen möchte.

Vor allem aber weilte er bei Frau v. Stael: Es ist ein eigenes Wesen, schreibt Voght nach Hamburg, man muss sie kennen. Wer sie versteht, liebt sie! Ihre unendliche Herzensgüte und Wahrheitsliebe mildert auf eine magische Weise das Glänzende ihres Verstandes. Sie ist gutmütig, leidenschaftlich,

---

[1]) Mad. Récamier, Les amis de sa jeunesse et sa correspondance intime, Paris 1874, S. 59 f. Mit Recht hat schon Kohler, Mad. de Stael et la Suisse, 1916, auf die falsche Datierung der Briefe aufmerksam gemacht. Sie sind von 1808 und 1809.

zutraulich, wie ein eigenwilliges und doch liebenswürdiges Kind, und hat Freundschaften so nötig wie das Kind liebevolle Erziehung. Man kann ihr sehr leicht so viel sein und sie ist so dankbar, so kindlich dankbar. Wer in dem Zauberkreis ihrer Worte ist, kommt schwerlich heraus; dagegen ist alles, was sie schreibt, gar nichts.

Voght konnte sich schmeicheln, dass Frau v. Stael ihm in das Innere ihrer Seele einen Einblick gewährte. Nur wenigen war es wie ihm vergönnt, ihre umfassende Güte und ihre tiefe Feinfühligkeit ganz kennen zu lernen, und er wurde nicht müde, oberflächlichen Richtern gegenüber diese ihre innerste Güte und den hohen Adel ihrer Seele zu preisen.

Voght durfte in das geniale Treiben von Coppet einige Ordnung bringen. Nachdem man um 1/26 Uhr gegessen, hätten um 1/28 Uhr wie in seinem Flottbeck drei Schachtische dagestanden. Um 9 Uhr hätte er einen Thee eingeführt, danach würde deutsch gelesen.

Im Winter 1809/10 setzte das Leben von Coppet sich in Genf im Hotel des Balances fort. Neben Sismondi, Bonstetten, Barante fand sich hier auch der junge Rocca ein, der von Flandern nach dem spanischen Kriegsschauplatz zog [1]).

Voght hatte Frau v. Stael zu dem Maler Massot begleitet, der ihre Züge ohne die Übertreibung der Inspiration auf dem Lebrun'schen Bilde wiedergab. Eine Harfenspielerin musste die Langeweile vertreiben. Von Langeweile war nicht mehr die Rede, sobald Frau v. Stael ihr Lesen wieder aufnahm. «Wunderbar», sagt Voght, «was man gelesen und worin man sich vertieft haben muss, um solche Gedanken zu haben, die ihr zu so reizenden Aussprüchen verhelfen. Man kann leicht anderer Ansicht sein als sie, aber nie umhin, ihr Talent zu lieben.

Voght riet Frau v. Stael, in ihrem Buche über Deutschland alles politische und alles blumenreiche zu streichen. Sie hätte nicht nötig, ihren Republikanismus und ihre Phantasie zu zeigen, vielmehr Klugheit und Mass. Das Werk müsste von einer

---

[1]) Mai 1810 wurde er dort verwundet, später von Frau v. Stael gepflegt und geheiratet. Danach ist P. Kohler, Mad. de Stael, S. 595, zu berichtigen. Der Brief Voghts ist von 1809. 1810 war er in Rom. Das von Kohler S. 484 erwähnte Bild ist von 1809.

unschuldigen Klarheit sein, die Kritik zu entwaffnen und das Übelwollen zu enttäuschen. In Erinnerung ihrer Gespräche gedenkt dafür im 19. Kapitel des I. Buches Frau v. Stael neben den eingehender geschilderten Erziehungsanstalten Pestalozzis und Fellenbergs auch der durch Voght in Hamburg erprobten und von ihm weiter verbreiteten Wohltätigkeitsanstalten.

Schwärmerisch war Voghts Verehrung für Frau Récamier. «Nein», schrieb er in ihr Stammbuch, «ich bin Juliettens Freund nicht. Warum sollte ich sie nicht lieben dürfen, wenn meine Empfindungen ebenso rein sind wie ihre Seele? Ich liebe sie, ich liebe sie von ganzem Herzen!» [1])

Der Gedanke, an ihrer Seite in Paris zu bleiben, mochte ihn bewegen, und nach der Einverleibung Hamburgs in Frankreich mühten sich die Freunde 1811, Voght als Vertreter seiner Vaterstadt in den Senat zu bringen. Wie aber konnte Voght, der den dänischen Titel eines Etatsrats 1796 angenommen hatte, um nicht Hamburger Senator zu werden, auf solche Bindung eingehen? Er riss sich auch von Frau Récamier los. Er schrieb am 21. Oktober 1809, als er sich entschlossen, in der Schweiz und nicht wieder in Paris zu bleiben, aus Coppet: «Ich habe Julie nach Lyon begleitet und mich mit zerrissenem Herzen von dem lieben Geschöpf getrennt. Dennoch war es vernünftig und was vernünftig ist, muss geschehen» [2]).

Dies schloss nicht aus, dass Voght und Frau Récamier befreundet blieben. Er sah sie wieder 1810, wo er ihr in Villefranche, dem Orte, wo sie erzogen, eine kleine Überraschung bereiten konnte, dann 1811 in Lyon nach seiner Romreise und 1812, als er Frankreich für immer verliess.

Frau Récamier hörte nicht auf, Voght zu versichern, dass er stets zu den ihrem Herzen Nächststehenden gehöre: «Mon cœur serait ingrat, si vous n'étiez pas toujours au premier rang dans mes affections». Ein unerschöpfliches Vergnügen

---

[1]) E. Faguet in den Annales 1914 über das Album der Juliette Récamier.

[2]) Hierzu Herriot, Mme Récamier et ses amis, 1904, I, S. 223. Im Juni 1809 hatte Voght Juliette von Paris nach Lyon begleitet, wo sie sich mit Frau v. Stael trafen und den Vorstellungen Talmas beiwohnten. Von dort machte Voght Ende Juni in Aix für die beiden Damen Quartier, die diese Reise nicht, wie H. annimmt, aufgaben, sondern über Aix nach Coppet gingen. Von Aix war Voght Frau v. Stael und Frau Récamier vorausgeeilt an den Genfersee. Brief vom 3. Juli 1809.

bereitete ihr stets die Unterhaltung mit ihm. Voght lohnte der Freundin mit väterlichem Rat: Sie solle nicht zu sehr in die politischen Intriguen ihrer Freundin, Frau v. Stael, sich verwickeln. Er empfahl ihr 1810 die Adoption ihrer Nichte, Fräulein Amelie Cyvœt, die die treue Gefährtin ihres Lebens werden sollte [1].

Als Voght den Winter 1808/09 in Paris weilte, schrieb ihm Frau v. Stael fast eifersüchtig. Sie liebe die schöne Freundin, aber sie sei ihr ein wenig böse. Ihr Glanz raube ihr alle Herzen. Als dann aber Voght 1809 so begeistert über Coppet nach Paris schrieb, meinte man, er werde die Schlossherrin wohl gar noch heiraten. In der Tat hatte Frau v. Stael Voght nahe gelegt, sich in ihrer Nähe anzukaufen. Aber auch hier riss er sich los.

Vergebens hatte Voght 1810 Frau v. Stael von ihren amerikanischen Plänen abzubringen und sie zu einem Aufenthalt in Italien zu bereden versucht. Vergebens lud Frau v. Stael Voght nach Frankreich ein, wohin sie 1810 zog, um den Druck ihres Buches über Deutschland zu besorgen. Am 10. Mai schrieb sie ihm aus Chaumont: Er fühle sich so in Harmonie mit dem Weltall, dass er einen Geist der Ordnung verbreite, den grausam verzerrte Herzen brauchen könnten.

Voght blieb den Sommer 1810 noch in der Schweiz bei den klugen Genfern und den glücklichen Bergbewohnern, um im September der Einladung seines Freundes De Gerando zu folgen, der als Präfekt nach Rom berufen, Voghts Rat über die Regelung des dortigen Armenwesens verlangte. «Entendez quelquefois ma voix», schrieb er ihm am 18. Februar 1810, «um Mitternacht, comme dit Klopstock».

Wohl liess Voght es sich nicht entgehen, im Zauber der Kunstwerke der ewigen Stadt zu schwärmen, aber er versäumte doch auch hier nicht, seiner Sendung treu zu bleiben.

Auf 132,000 Einwohner zählte man in Rom 17,600 Arme. Besonders gross war das Elend unter den Handwerkern, den kleinen mechanischen Künstlern.

---

[1]) Herriot, S. 234, und Brief Juliettes vom 12. Juli 1820 an Voght: «Cette adoption, qui me fut conseillée par vous, a très bien réussi. La petite fille de six ans est à présent une très jolie et très aimable personne. Quoiqu'elle ne vous ait vu que quelques jours, nous parlons souvent de vous comme de son premier ami».

Es gab vier Bruderschaften, die ein Einkommen von 142,000 Franken hatten; dazu traten 64,200 Franken aus öffentlichen Mitteln, aber das ergab pro Kopf nur eine Unterstützung von 11.70 Franken. Die grossen Familien verteilten an den grossen Festen Almosen. Eine Reihe von Bruderschaften pflegten gegenseitige Hülfe bei Unglücksfällen. 48 Anstalten sorgten für 3500 Kranke, Alte und Waisen. Aber es fehlte die einheitliche Leitung, die eine Vereinfachung der Mittel gestattet hätte. 2500 Angestellte konnte man nicht ohne weiteres entlassen.

Wenn Voght bei einem Canova, einem Thorwaldsen göttliche Werke entstehen sah, so zählte er auch 350 darbende Künstler in Rom [1]).

Wie in Wien versuchte Voght es in Rom mit einer statistischen Aufnahme der Armen, um die Zahl der unnötig Unterstützten herunterzudrücken, damit die wirklich Bedürftigen mehr berücksichtigt werden könnten. Es gelang, ihnen eine regelmässige Hausunterstützung zu sichern. Dankbar gedenkt De Gerando des erfolgreichen Wirkens seines philanthropischen Freundes in der ewigen Stadt [2]).

Voghts Memoire war 1809 unter die Präfekten Frankreichs verteilt worden. Damals hatte ihm der Physiokrat Du Pont de Nemours geschrieben, er bewundere an dem Hamburger Unternehmen vor allem die Erziehung der Jugend, die ihr Selbsthülfe lehre. Und eine zweite Erziehung gewähre die Erfahrung den Wohltätern. Es wäre ein schönes Schauspiel, eine wohltätige Gesellschaft sich bilden zu sehen, die andere mit Erkenntnis unterstützen wolle und selbst die Kenntnis über die Kunst, zu helfen, vermehre.

Du Pont bewunderte die Hamburger, die den ungleichen Kampf mit der Not der Zeit mutig aufnahmen und mit den Rudern der Intelligenz und Humanität so kräftig wie möglich gegen den Strom anzurudern suchten. Denn nur ein durch Freiheit des Handels und fleissigen Ackerbau geförderter Wohlstand gestatte den Wohltätern, ihr Werk fortzuführen, und sichere den aus *Armen Arbeiter* gewordenen den Absatz der

[1]) Briefe von K. V. v. Bonstetten an Fr. Brun, II, S. 3. 1. Januar 1812.

[2]) De la bienfaisance publique, I, S. 131. Die Zahl der Unterstützten ging darnach von 30,000 auf 16,000 zurück.

Früchte ihrer Arbeit [1]. Wenn Friede und Freiheit jährlich den Reichtum vermehrten, wandelten Wohltätigkeit und Tugend auf Rosen. Die Arbeiten würden ermutigt, deren Plan man gefasst und die allen Menschen ehrliche Mittel gäben, teilzunehmen an der natürlichen Verteilung, die die Gewerbe und der Handel brächten. Wenn jedoch der Konsumfonds jedes Jahr abnähme, könnte die vollkommenste Verteilung nicht hindern, dass der Anteil des Einzelnen ständig sich vermindere. Dem könne nur die Ausdehnung und Verbesserung des Ackerbaus, die Vervollkommnung der Industrie, die Freiheit des Handels und ein gutes Kolonisationssystem abhelfen, also die Steigerung der Produktion.

In Rom hoffte Voght auf solche Steigerung des Wohlstandes, weil die Baumwolle im Agro Romano so prächtig wüchse.

In Mailand, der glänzendsten Stadt Italiens, hielten der Vizekönig und seine liebenswürdige Gemahlin Voght im Sommer 1811 lange fest. Auch hier musste er über die bessere Verwendung der reichen Stiftungen des Landes seinen Rat erteilen. Bei 400 Millionen hätte man nur die Folgen, nicht die Gründe des Übels der Armut bekämpft [2]. —

Voght hatte sich mit der Herrschaft Napoleons abgefunden. Als Deutscher wollte er nur die Erhaltung der nationalen Kultur. Villers, der, politisch interessiert, auch den Geist wahrer Freiheit bei den Deutschen gefunden hatte, der dem äusseren Freiheitstaumel seiner Landsleute das preussische Landrecht, die humanste und republikanischeste Gesetzgebung, die es gäbe, die Regierung so vieler aufgeklärter Fürsten und der freien Städte und die Reformation als schönere Denkmäler wahrer Freiheit gegenübergestellt hatte [3], und der auch nach 1806 nicht müde wurde, für die freien Städte einzutreten, vermochte er nicht zu folgen. So konnte Voght sich auch für den Freiheitskampf der Frau v. Stael nicht begeistern. Die Unabhängigkeit, die ihm lieb war, fügte sich der Gewalt. Dies führte zum Bruch mit der verehrten Freundin.

---

[1] Aux pauvres devenus ouvriers. Brief vom 16. März 1809.

[2] Brief des Herzogs v. Lodi, Bellaggio, 9. September 1811.

[3] Brief vom 1. Oktober 1802 an Frau v. Stael. M. Isler, Briefe an Ch. de Villers, 1883. L. Wittmer, Ch. de Villers, Un intermédiaire entre la France et l'Allemagne et un précurseur de Mme de Stael, 1908.

Napoleon betrachtete die Tochter Neckers so sehr als feindliche Macht, dass er jeden Verkehr mit ihr beargwöhnte. So hatte De Gerando auf dem Weg nach Rom sie nicht besuchen dürfen. Sie hatte ihm das bitter übel genommen. Jetzt hatte Napoleon ihr Buch über Deutschland einstampfen lassen und ihr Exil verschärft. Am 7. November 1810 teilte Frau v. Stael Voght den Donnerschlag mit. Leid sei es ihr um die öffentliche Anerkennung, die sie ihm erwiesen, leid um ihr ganzes Buch (je regrette mon ouvrage entier), das nach aller Meinung etwas wirklich Denkwürdiges geworden wäre. Und bitter antwortete sie am 20. Dezember auf einen Trostbrief, sie wolle Coppet verlassen, wie Voght Flottbeck verlassen, weil sie dort nichts mehr schreiben könne. Coppet solle keine billige Herberge für durchreisende Fremde werden, die ihrer Verbannung einmal trotzten, ohne dass etwas Dauerndes daraus würde, und sie wolle keine hysterische Genferin werden (vaporeuse comme les Genevoises).

An Stelle des der Frau v. Stael wohlgesinnten Barante hatte Napoleon den strengeren Capelle zum Präfekten von Genf ernannt; dieser liess Voght wissen, er dürfe Frau v. Stael in ihrem und seinem Interesse nicht mehr sehen und habe Genf zu meiden. Voght fügte sich dem, so schwer es ihm auch wurde, der Freundin und dem Ort, der ihm zur zweiten Heimat geworden war, zu entsagen. Am 1. Oktober dankte der Präfekt Voght in einem Briefe nach Lyon dafür, dass er seiner peinlichen Weisung gefolgt sei, so leid auch ihm und den Genfern seine Entfernung täte. Frau v. Stael hatte Voght durch zwei Freunde von dieser Notwendigkeit unterrichtet und sie schrieb ihm am 23. August 1811, sie begriffe seine Gründe, sie wisse dass man seine Unabhängigkeit bedrohe. Aber sie hätte sich gern immer seiner Gesellschaft versichert, die ihr so lieb und heilsam wäre, in der sie zugleich so viel Leben und Ruhe fände.

Innerlich hat Frau v. Stael Voght so wenig wie De Gerando verziehen. Aber Napoleon zeigte, wes er willens war, als er Frau v. Stael Schlegel nahm, Frau Récamier und Montmorency verbannte, als sie sie besucht hatten. Nur Sismondi und Bonstetten blieben ihr treu. Aber hätte Voght ihr das gleiche sein

können? Warteten nicht seiner neue Aufgaben, die er nur im Einverständnis mit dem Beamtentum leisten konnte, mit dem zu brechen Frau v. Stael ihm zumutete?

Die Freunde urteilten milder als die Schlossherrin von Coppet. Juliette blieb seine Freundin, wenn auch Corinna ihre Nachsicht für den Scheinheiligen (papelard), der Voght ihr nun war, nicht verstand; Bonstetten verlebte den Herbst 1811 und die ersten Monate des Jahres 1812 in Marseille im engsten Freundschaftsverkehr mit Voght [1]), und als Voght später der ältesten Freundin der Frau v Stael, der Frau Rilliet-Huber, sein Bild schickte, dankte diese ihm am 17. Juni 1820 herzlich dafür und schrieb, sie würde es neben das Bild derjenigen hängen, die er teuer geliebt und an die der Gedanke, des sei sie sicher, glänzen in seiner Seele bliebe wie ein Lichtstrahl trotz der Wolken, die während der letzten Jahre der Verstorbenen sich zwischen ihnen erhoben [2]).

«Eine Frau wie sie, werden wir nicht mehr treffen», schrieb Voght an De Gerando 1817, vom Tode der Frau v. Stael erschüttert. «Ihr Enthusiasmus für das Schöne und Gute, die Seele, mit der sie sich über beides ausdrückte, die Lebhaftigkeit ihres glänzenden Geistes, die Grazie, die sie in ihre Worte zu legen wusste, alles das steht vor mir. Ich werde sie nie vergessen.»

«Gegen uns beide war sie nicht gerecht. Ich habe es ihr längst verziehen und nur sehr liebe Erinnerungen bleiben mir von ihr.»

«Sagen Sie mir etwas über ihre letzten Jahre. Hatte der Himmel ihre Erziehung auf dieser Erde vollendet? Hatte sie

---

[1]) Briefe an Fr. Brun, 1. Januar 1812 und 6. April 1812: «Voght schreibt mir (nach Hyères) aus Marseille Müllibriefe . . . Er ist Mülli an Liebe und Liebesergiessung zu mir». Es ist hier des 1809 in Kassel verstorbenen Historikers Johs. v. Müller, des Verfassers der Schweizergeschichte, ihres gemeinsamen Freundes, gedacht.

[2]) Darnach ist die Darstellung von «Mme Récamier et les amis de sa jeunesse», Paris 1874, S. 66 und von Lady Blennerhasset, Frau v. Stael, III, S. 317, Voght habe Genf verlassen, ohne Abschied von Frau v. Stael zu nehmen, und dies hätte die Freunde erstaunt, zu berichtigen. «Man will das moralische Genf vernichten», schreibt Bonstetten am 26. Juni 11, «die übrigen Städte Frankreichs sind kein Lübeck, kein Rostock wert». Briefe, S. 321.

die Nichtigkeit ihres Strebens nach Ruhm eingesehen? War sie dahin gelangt, ihren Geschmack für die politische Intrigue zu zähmen, das Bedürfnis, die Staatsmänner zu beeinflussen, sich in die Regierung zu mischen? Vor allem möchte ich wissen, wie sie dem Tode ins Auge gesehen. Hat sie das Bedürfnis nach religiöser Tröstung gefühlt? Darüber haben wir uns so oft unterhalten. Ich hätte ihr nahe sein mögen in den Augenblicken, in denen alle Täuschungen schwinden. — Sie war gut. Die Irrtümer ihres Urteils konnten ihr Herz verleiten, aber niemals erniedrigen. Das Bewusstsein ihrer Güte wird das Ende ihres Lebens verschönt haben.»[1])

Von Avignon, wo Voght im Herbst 1811 geweilt, ging er nach Marseille, zunächst, um wie in Paris alte Geschäfte abzuwickeln. Aber sogleich wurde er von den Armenvorstehern aufgesucht. Zu einer Zeit, in der die eigene Vaterstadt unter dem Druck der französischen Okkupation ihre Musteranstalt verfallen lassen musste, eröffnete sich für Voght die Gelegenheit, in dieser südlichen Hafenanstalt ein Beispiel seiner Ideen aufzustellen.

Marseille stand im Zeichen einer Wirtschaftskrise. Der Handelshafen war tot, während in dem Kriegshafen Toulon eifrig gearbeitet wurde. Zur Linderung der Not hatte der Kaiser 300,000 Fr. angewiesen. Es galt, diese auf das zweckmässigste zu verteilen und womöglich etwas Dauerndes zu schaffen. Nirgend sehen wir so deutlich wie hier, dass es sich bei Gründung dieser Armenanstalt um Aufgaben handelte, die wir heute anders bezeichnen, Arbeitslosenfürsorge, Notstandsarbeiten, aber auch Kranken- und Schulpflege.

Voght wusste von Wien her, dass es bei solchem Werk neben den Behörden auf die Mitwirkung der Damen der Gesellschaft und der Geistlichkeit vor allem ankomme. Der Präfekt Graf Thibaudeau kam ihm in jeder Weise entgegen. Sein Sekretär Augustin Jordan war der Bruder von Camille Jordan. Es gelang, den Bischof von Aix zur Unterstützung der Schulanstalten zu gewinnen. Als protecteurs des pauvres meldeten sich 300—400 Pfleger, von denen ein Drittel aus den

[1]) De Gerando, Lettres inédites et souvenirs biographiques de Mad. Récamier et Mad. de Stael par De Gerando, Paris 1868, S. 86/7.

vornehmsten Kreisen stammte. Unermüdlich war Voght selbst tätig, Armenbesuche machend, Helfer werbend und das ganze organisierend.

Es stellte sich heraus, dass ein Viertel der Marseiller Bevölkerung, 24,000 Menschen, unterstützungsbedürftig seien. Im Sommer war die Arbeitslosigkeit nur halb so gross, aber doch waren auf den Sommer 1812 $^3/_5$ der Armen als Arbeitslose und durch die Teuerung Geschädigte vorübergehend zu unterstützen, während $^1/_5$ bei genauer Untersuchung ausfiel, $^1/_5$ als alt und invalide dauernd zu unterstützen waren.

Zunächst war der dringendsten Not abzuhelfen und hier wie in Wien konnte Voght noch selbst den Erfolg seiner Massnahmen, der Suppenküchen, sehen. Bonstetten war Zeuge seines Glücks. «Der gute Voght, schrieb er am 6. April 1812, ist wie ein Kind mit grossen Sachen froh. Die Rumfordschen Suppen sind nun sein Glück. Er tanzte heute vor Freude an meinem Bett, weil die Suppen nach seinem Sinne gemacht und 5500 Kinder gerettet werden.»

Weiter sollten nach dem Muster Pestalozzis Industrieschulen eingerichtet werden und Arbeitsanstalten für die Erwachsenen.

Wie sehr diese Arbeitsbeschaffung im Mittelpunkt des ganzen Plans stand, erhellt aus der Aufstellung der vorgesehenen zentralen Bureaux:

1. Ein erstes war für Ankauf der Rohstoffe und Verkauf der fertigen Gegenstände vorgesehen; in der Hafenstadt handelte es sich besonders um Herstellung von Tauwerk.
2. Ein zweites für die Verteilung der Arbeit und ihre Beaufsichtigung in der gemeinsamen Werkstätte, dem *atelier de Charité,* später sprach man von *ateliers sociaux.*
3. Ein drittes für Invalidenunterstützung.
4. Ein viertes für die Kranken.
5. Ein fünftes *bureau de la grande miséricorde,* für die *secrètement* unterstützten Familien, die eigentlichen Armen.
6. Ein *bureau de loyers et meubles* oder auch *de fournitures et vêtements*, zur Sachunterstützung. Es hatte das verpfändete Notwendigste einzulösen, das Überflüssige zu verkaufen und für Sicherstellung eines Teiles der Miete nach dem Vorschlag von Voght zu sorgen.

Durch diese Einrichtung hoffte Voght, die Spitäler und die *depots de mendicité* zu entlasten. Eine einheitliche Verwaltung sollte private und geistliche Wohltätigkeit unter sich vereinen.

Ein Budget der Marseiller Armenanstalt sah vor:

1.	für 2000 Invalide und Schwache 60 Fr. pro Kopf	Fr.	120,000
2.	für Kranke, 300—400, 6 Fr. pro Monat . . .	»	22,000
3.	700—800 Kinder zu 25 Fr.	»	20,000
4.	für 6000 Arbeitsfähige ein Verlust von . . .	»	40,000
	auf leichte Arbeiten aller Art, die sie in gemeinsamen Werkstätten oder zu Hause auszuführen hatten, dazu für den Ankauf von Rohstoffen ein Darlehen von	»	60,000
	von der Kommune oder der Tilgungskasse zu 5 %, in 2—3 Jahren zurückzuzahlen.		
5.	für Unterstützung von 400—500 Familien, die eigentlichen Armen, in Geld, Miete oder Brot zu verteilen 60 Fr.	»	30,000
6.	für Ausrüstungsgegenstände, einzulösende Betten und Decken	»	50,000

Wir sehen, nur ein Drittel des Aufzuwendenden entfiel auf das, was wir heute als Armenpflege bezeichnen, das meiste würde heute durch die Sozialversicherung oder durch Notstandsarbeiten gedeckt werden.

Voght hatte die Genugtuung, seinen Plan auch in Oporto und Lissabon angewandt zu sehen. So kam das im Norden zuerst Geübte, durch Anregungen aus dem Westen Vertiefte, das erst auf den Osten angewandt war, jetzt auch im Süden zur Geltung.

Vor allem galt es, die französische Macht für diese Ideen zu gewinnen. Voght hatte die Erlaubnis erhalten, alle Armenanstalten Frankreichs zu besichtigen und darüber zu berichten. Im Mai 1812 verliess er Marseille und kehrte zuerst bei dem Präfekten Rolland in Nimes ein, dann in Lyon, wo er seinen guten, geistreichen, freundlichen Freund Camille Jordan bei der Übersetzung des Messias traf und ihm nahelegte, Juliette bei sich aufzunehmen.

In Paris empfing der Minister des Innern, Montalivet, Voght im Juli; er durfte der Kaiserin seine Ideen vortragen.

Der Kardinal Maury wurde für die Armensache interessiert. Alle Welt in Paris suchte Voght schriftlich und mündlich für seine Pläne zum Wohle der Menschheit zu interessieren. Nach den Erfolgen von Hamburg und Marseille meinte der Abbé Morellet, man könne von Voght sagen «*transit benefaciendo*».

Mit seinen einfachen und in der Praxis doch so schwer durchzuführenden Grundsätzen, der statistischen Erfassung der Armen, der Arbeitsbeschaffung und der Hausunterstützung steht Voght für De Gerando als ein Hauptvertreter der deutschen Gruppe der Philanthropen neben einem Rumford und Fellenberg [1]).

Der Feldzug nach Russland und die folgenden kriegerischen Ereignisse hemmten zunächst den Fortgang der Arbeiten in Frankreich, aber De Gerando konnte 1827 dem durchreisenden Hamburger Syndikus Sieveking erzählen, die Grundlage der Pariser Armenpflege rühre von Voght her, der dort noch im besten Angedenken stünde [2]).

Voght, der Sohn der Aufklärung, hatte durch seine praktischen Bestrebungen Fühlung genug mit dem Leben behalten, um sich nicht von den luftigen Abstraktionen, in denen die deutsche Naturphilosophie sich verlor, verführen zu lassen. Die Begeisterung des Denkers wandelte sich bei ihm zum Enthusiasmus des Fühlenden, der mit der Zeit leicht eine religiöse Färbung annehmen konnte, ohne in die dem Aufklärer verhasste Schwärmerei umzuschlagen.

In dieser religiösen Stimmung wusste Voght sich eins mit Männern wie De Gerando, Montmorency, Jordan. Bei niemandem war sie schärfer ausgeprägt als bei Frau Récamier, die jetzt Ballanche und Chateaubriand in ihren Freundeskreis aufnahm. «Ich bin zufrieden, dass die teure Juliette sich ganz der Frömmigkeit widmet», schrieb Voght am 14. Januar 1816 an De Gerando, «das beruhigt und tröstet das Herz. In den empfindsamen Seelen hat die Frömmigkeit immer einen Schein von Mystizismus. Immer ist es die Liebe, und die Liebe liebt

[1]) «Wer kennt nicht, wer nennt nicht mit Achtung die Namen eines Rumford, eines Voght, eines Fellenberg?» De la bienfaisance publique, 1839, S. XL.

[2]) 1816 wurde die Hausunterstützung neu geregelt, *De Gerando,* I, S. 116.

das Geheimnisvolle[1]). Juliettens Frömmigkeit wird immer Güte zeigen, die unverwüstliche Milde ihres Charakters.

Leicht wurde Voght der Abschied aus Paris nicht. Es war nicht so wie Juliette ihm schrieb: «Alle ihre Freunde bemühen sich, Sie in Paris zu halten, nur Sie scheinen nicht daran zu denken». Aber jetzt zog es ihn doch nach dem Norden. Auch hier warteten seiner Freunde, auch hier eine wichtige Aufgabe. Die nächsten Jahre widmete Voght sich ganz landwirtschaftlichen Verbesserungen auf seinem Gute Flottbeck.

Hatte Voght von 1793—1812 die Welt durchstreift, so wollte er sich jetzt der Heimat ganz widmen. Flottbeck sollte ein Mittelpunkt edler Geselligkeit, produktiven Fortschritts und sozialer Bestrebungen werden. Freilich, ein Versuch, mit den Freunden Rist und Poel und der Unterstützung der Altonaer patriotischen Gesellschaft die schleswig-holsteinsche Armenpflege zu reformieren, misslang 1816/17. Es blieb bei der Kostbarkeit und Schädlichkeit der Almosenverteilung. Und auch die Hamburger Anstalt wusste in den ersten Jahren nach dem Frieden nichts Besseres zu tun.

Da gelang es Voght in der Krise der Dreissigerjahre auf seine alten Tage noch einmal, dies sein erstes Werk zu neuem Leben zu erwecken. Die Untersuchung von 1832 hatte ein Zehntel der Hamburger Bevölkerung als unterstützungsbedürftig erwiesen. Das Verhältnis war schlimmer als 1786. Hatten damals ältere Frauen die Hauptmasse der Armen gestellt, so waren jetzt mehr Männer und Jugendliche darunter. Von 12,500 Armen waren 3000 Männer, 4500 Frauen und 5000 Kinder.

Arbeitsmangel war bei der Hälfte als Ursache der Armut angegeben. Voght aber glaubte, noch weit mehreren durch Arbeitsbeschaffung und Vorschuss helfen zu können; nur 1740 seien nicht arbeitsfähig. Es galt nun, Männern und Frauen Arbeit zu verschaffen. Der Bau eines Arbeits-Besserungs- und Strafhauses für die Unwilligen schien Voght wichtiger als selbst der Bau der Börse[2]).

---

[1]) «C'est toujours l'amour, et l'amour a besoin du mystère.» Lettres inédites, S. 20 und 21.

[2]) Über die doch nur beschränkte Bedeutung solcher Arbeitshäuser siehe Roscher, Buch I, S. 44.

Nach zwei Jahren saurer Vorarbeit gelang es Voght, eine Wollgarnspinnerei zu schaffen, die 400, später 500 armen Frauen Erwerb verschaffte. Mit 300 Mk. hatte die patriotische Gesellschaft den Anfang gestattet, 16,000 Mk. milde Gaben halfen weiter, aber es kostete unendliche Mühe, den Senat, die Oberalten und die Kämmereibürger für die Grundsätze eines richtigen Armenwesens und zu einem regelmässigen Zuschuss von 6000 Mk. zu gewinnen. Solange Voght sich ihr selbst widmen konnte, arbeitete die Anstalt gut, musste dann aber 1837 liquidiert werden [1]).

1838, in seinem 86. Lebensjahre, konnte Voght, einer der wenigen überlebenden Gründer der Hamburger Armenanstalt [2]), «Gesammeltes aus der Geschichte der Armenanstalt während ihrer 50jährigen Dauer» herausgeben, ein Bild der Wechselfälle des Lebens, voll Plänen, Erfolgen und Enttäuschungen, aus den Jahresberichten zusammengestellt. Im Jahre darauf ist Voght gestorben.

Eine neue Zeit war angebrochen. Schulpflege und Krankenpflege wurden als selbständige Aufgaben vom Staate übernommen und selbständig nahm die Arbeiterklasse die Verbesserung ihres Loses in die Hand. Es bedurfte der obrigkeitlichen Massnahmen nicht mehr: «die Hände, ohne die es keine Fabriken und keinen Ackerbau gibt, aus dem Pauperismus emporzuheben». In der Armenpflege selbst schien es weniger auf die Hebung der ökonomischen Lage als auf die Herstellung persönlicher Beziehungen unter den sozialen Klassen, auf Förderung und Erhaltung der Persönlichkeit durch persönliche Dienste anzukommen. In diesem Sinne fingen in den Dreissigerjahren Wichern mit seiner Rettungsanstalt für verwahrloste

---

[1]) v. Melle, S. 157. Daselbst über andere Versuche der Arbeitsverschaffung für die Armen. Vgl. auch Nessmann, Hamburg, in Emminghaus, Das Armenwesen und die Armengesetzgebung in europäischen Staaten, 1870, S. 275.

[2]) Nach Wurm, v. Melle a. a O, gehörte zu der Deputation der patriotischen Gesellschaft, die Voght am 1. November 1838 eine Denkmünze überreichte, der in bescheidenen Verhältnissen gebliebene Armenvorsteher Geier; nach Rüdiger, C. v. Voght, S. 52, war der Oberalte Neumann der einzig überlebende Armenpfleger von 1788.

Kinder und Amalie Sieveking mit ihrem Besuchsverein zu wirken an, die Voght voll anerkannte [1]).

Voght war eine aristokratische Natur. Es war ihm eine innerliche Freude, sich in den Zirkeln zu bewegen, die einen Rest der alten höfischen Bildung bewahrt hatten, aber er gehörte zu den Kreisen, die sich ihrer Verantwortung für die untern Klassen stets bewusst blieben, wie ja auch für Frau von Stael die Revolution das Werk des aufgeklärten Adels sein sollte. Der Hamburger Bürger musste die wachsende Bedeutung des Mittelstandes anerkennen. Nur dessen persönliche und sachliche Opfer schienen ihm in den Dreissigerjahren eine ergiebige Armenfürsorge sicherzustellen. Eine selbständige Arbeiterbewegung schien Voght jedoch gefährlich. Ein Recht auf Arbeitsbeschaffung und Unterstützung durch eine Staatsarmenpflege hatte der Konvent 1793 den Armen gewährt, die doch die Macht der Erde wären und jetzt als Herren zu den Regierungen sprechen könnten, die sie vernachlässigt [2]). Auch Voght wurde nicht müde, an die Bedeutung der Massen für das Wohl des Ganzen zu erinnern. Aber er wollte, dass der Staat für sie sorge, dass sie ruhig wären.

Wenn Voght an besondere Arbeitsschulen dachte, so hat die allgemeine Schulpflicht diese Klassentrennung beseitigt. In einer, allerdings gemeinsamen Arbeitsschule steckt jedoch ein richtiger pädagogischer Gedanke, den Marx durchaus anerkennt. Voght hatte so Unrecht nicht, darauf hinzuweisen, dass seine Industrieschulen in manchem mehr praktische Vorbildung geboten als die neueren, nur auf das Lernen eingestellten Anstalten.

Die Bedeutung des Armenwesens der Aufklärungszeit liegt darin, dass sie die moderne Arbeiterschaft mit erziehen half, und immer wird es Not geben, die gewisse Kreise in die Armut herabzieht. Soviel andere soziale Einrichtungen, Arbeitsnachweis, Arbeiterversicherung, heute dieses Herabsinken zu verhindern suchen, bleibt es doch immer auch die Aufgabe der Armenpflege, durch richtig angewandte Fürsorge womöglich

---

[1]) Voght: «Der weibliche Verein für Armen- und Krankenpflege», und «Die Rettungsanstalt für sittlich verwahrloste Kinder» in *Julius*, Jahrbücher der Straf- und Besserungsanstalten, 1833.

[2]) R. Schwander, Die Armenpolitik Frankreichs, S. 81 ff.

sich überflüssig zu machen im einzelnen Falle[1]). Und hierzu bleiben Behörden und Private auf gegenseitige Mitarbeit angewiesen. Das Elberfelder System ist nur eine Neubegründung der Hamburger Ideen von 1788[2]).

Als Philanthrop steht Voght nicht allein. Persönlich und sachlich war er Männern wie Howard und Rumford nahe getreten.

Howard, der 1756 auf einer Reise nach Portugal in Gefangenschaft geraten war, widmete sein späteres Leben der Besserung des Loses der Gefangenen, dann auch der in Lazaretten Verpflegten. Dieser Aufgabe widmete er sein Leben und sein Vermögen.

Rumford, der amerikanische Offizier, der bayrischer Kriegsminister wurde und als solcher die Militärschule und den englischen Garten in München anlegte, ist bekannt durch seine Suppe und die 1790 in München durchgeführte Armenordnung, die, ähnlich wie die Hamburger, die Armen zur Arbeit heranziehen wollte. Aber während in Hamburg die Bürgerhülfe das Beste leistete, fiel in München der Polizei die Hauptaufgabe zu, die die Bettler in das Arbeitshaus steckte.

Gross sind die Verdienste Howards und Rumfords. Aber indem sie ihrer menschenfreundlichen Aufgabe sich ganz hingaben, gerieten sie in Konflikt mit den Aufgaben ihren Nächsten gegenüber. Howard soll so ordentlich gewesen sein, dass er seinen Sohn verrückt machte. Rumford war so sehr gegen jeden Überfluss auch im Reden, dass er in der Gesellschaft

---

[1]) Die Webbs gehen in ihrem Minoritätsbericht so weit, alle *Armenunterstützung* durch Massnahmen der *Verhütung* der verschiedenen Ursachen der Armut und der *Behandlung* in nicht verhütbaren Fällen ersetzen zu wollen. S. und B. Webb, Das Problem der Armut (Problems of destitution), Jena 1912, S. 173 f.

[2]) *Münsterberg,* Das Elberfelder System, Schriften des deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit, 63, 1903, S. 14, bezeichnet die Hamburger Reform von 1788 als Vorläufer der Elberfelder von 1853. In Elberfeld sollten dem Pfleger nur 2—4 Fälle überwiesen werden. Demgegenüber betont das von Dr. Schwander eingeführte Strassburger System die Notwendigkeit der Verwendung von Beamten. Über die Bedeutung dieser Ordnung, bes. in Kolmar und Hamburg, siehe *Klumker,* Roscher, 3. Auflage, S. 53 ff. *De Gerando,* IV, S. 171 erwähnt der Leipziger Ordnung von 1830 als nach den Hamburger Grundsätzen eingerichtet.

als «tätiger Menschenfreund im rauhen Gewande» erschien. Seine Frau, die Witwe Lavoisiers, hielt es nur vier Jahre bei ihm aus. Er erbitterte sie so, dass sie ihm einmal seine Blumen mit heissem Wasser verdarb.

Gewiss war auch Voght ordentlich und fleissig, aber kein Pedant, und als Junggeselle entging er in seiner philanthropischen Tätigkeit dem Konflikt mit Eltern- und Gattenpflicht.

Nicht als ob Voght den Regungen des Herzens fern gestanden hätte. Im Gegenteil, als Kind der Empfindsamkeit hatte er ein weiches und weites Herz. «Niemand wird erfahren», schreibt er einmal, «wie bewegt mein Leben gewesen, wieviel Irrtümer und leidenschaftliche Regungen, hohe Freuden und zehrende Schmerzen ich durchgekostet.» Böse Zungen nannten den beleibten Schwärmer einen *papillon éléfant.* Wahre Liebe erfüllte sein Herz. Aber diese Liebe richtete sich, als er nach seiner Bildungsreise nach Hamburg zurückgekehrt war, auf eine verheiratete Frau, die in allem, in Literatur, in Musik, in Tanz, gleich gebildet, auf jede Regung seines Witzes eingehen konnte. Er riss sich los und aus dieser Liebe erwuchs die edelste, wärmste Freundschaft. Als er dann einem jüngeren Mädchen, der Tochter Büschs, seine Liebe gestehen wollte, musste er seinen besten Freund Poel als ihren Liebhaber entdecken. Auch hier verzichtete er zugunsten der Freundschaft und blieb der Freunde Freund [1]). Später äusserte Voght, von allen Freundinnen habe wohl niemand ihn so verstanden, wie die Frau seines Freundes Sieveking, die seit 1799 Witwe war und die er in allen Geschäfts und Hausangelegenheiten treulich beriet.

Diese drei Damen verband das engste Verhältnis untereinander. Sievekings und Poels wohnten zusammen und alle 14 Tage lösten die Hausfrauen in der Leitung des Haushalts sich ab; in ihrem Kreise war lange Frau Pauli ein gern gesehener Gast. Diesen drei Damen auf dem Sopha widmete Voght seine Tagebücher aus Paris. Frau von Stael bekannte ihm am 8. März 1809, sie möchte wohl an der Stelle seiner deutschen Freundinnen sein und eine exklusive Stelle in seinem Herzen einnehmen. Aber mitten aus der Begeisterung für das

---

[1]) v. Voght, Lebensgeschichte, Hamburgische Hausbibliothek, 1917.

französische Leben meinte Voght am 23. März: «Was Corinna Hinreissendes, Juliette Liebliches hat, sind nur schöne Verzierungen, gastfreundliche Wohnungen auf meinem Wege dahin, wo mein ganzes Wesen heimisch ist.» Das war der Freundeskreis, der die letzten Jahre Voghts am Elbufer verschönte.

Howard hat in St. Pauls sein Denkmal erhalten, Rumford in München. Voghts gedenken auf Nienstädtens Friedhof die an einfachem Grabstein von dem ihn verehrenden und sein Werk fortsetzenden Karl Sieveking gesetzten Worte:

«Statt Almosenvergeudung die Kunst des sinnigen Wohltuns
Lehrt er Hamburg zuerst, dann den entfernteren Kreis.»

Aber was ist ein Denkmal, mag es in Erz, mag es in Schriften gesetzt sein[1], gegen das Gefühl, das Voght hegen durfte, in seiner Tätigkeit die Herzen der Mitlebenden höher schlagen gemacht zu haben. Höher mag auch uns Spätern, unter wie andern Verhältnissen auch wir heranwuchsen und wirkten, schlagen das Herz, wenn unser Blick auf die Spuren seiner Arbeit und seines Lebens fällt; denn nicht nur unter den Völkern, auch unter den Zeiten reichen die Gleichgesinnten die Hand sich.

[1]) Am Schlusse seines Werkes über die Bienfaisance publique, IV, S. 612, setzt *De Gerando* seinem Freunde Voght, dem Wohltäter der Menschheit, dessen Todesnachricht er gerade erfahren, ein schönes Denkmal.

Über die Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht.

(Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtszwang).

Von Staatsanwalt Dr. HEINRICH ZELLER† in Zürich.

Der Weltkrieg hat neben der unendlichen Fülle von Elend, das er über die Welt ausgegossen hat, wenigstens das Gute gehabt, dass er uns in nie geahnter Weise Einsichten gewährt hat in das Wesen und Entstehen des Rechts, in seine engen Beziehungen zum tatsächlichen Geschehen. Noch nie hat die Menschheit eine ähnliche Katastrophe mit gleicher Bewusstheit durchlebt, noch nie sind die Geschehnisse mit solcher Genauigkeit fixiert worden, noch nie war es daher möglich, die kausalen Verknüpfungen zwischen den Geschehnissen so zu erforschen wie heute. Das gilt insbesondere von den kausalen Verknüpfungen des Rechts mit den übrigen Erscheinungen des sozialen Geschehens. Wie die abnormen Zustände, in die sich die menschliche Gesellschaft plötzlich versetzt sah, aussergewöhnliche Massregeln auf dem Gebiete der Gesetzgebung riefen, ist einzig in seiner Art. Die Zwangsgewalt des Staates wuchs ins Ungemessene, der Staat Leviathan wurde zur Wirklichkeit.

Diese Erscheinungen zwingen zu neuen Untersuchungen über die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Gebieten der Rechtsordnung.

Heinrich Zeller ist am 26. Februar 1920 in Zürich an der Grippe gestorben. Der Beitrag für diese Festschrift ist wohl seine letzte literarische Arbeit.

Kein Rechtsgebiet, keine Rechtsdisziplin steht isoliert da. Alle greifen ineinander über, stehen in Wechselbeziehungen. Es gewährt ein besonderes Interesse, diese gegenseitigen Beziehungen näher zu betrachten, nicht nur um der praktischen Fragen, die dabei zu lösen sind, sondern vor allem auch um der grundsätzlichen theoretischen Fragen willen. Denn gerade auf diesen Grenzgebieten offenbart sich dem forschenden Blick das allen Rechtsgebieten Gemeinsame, das Verbindende, wie auch das Besondere. So möge es mir gestattet sein, die wechselseitigen Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht zu betrachten mit besonderer Berücksichtigung der Kontroverse über die Existenz eines besondern Verwaltungsstrafrechts.

Strafrecht und Verwaltungsrecht, scheinbar zwei ganz heterogene Rechtsgebiete, das Strafrecht der älteste, das Verwaltungsrecht fast der jüngste Zweig der Rechtsordnung! Aber schon eine flüchtige Betrachtung lässt gemeinsame Züge erkennen. Auf beiden Gebieten sehen wir den Staat als potentior persona dem Individuum gegenüberstehen, wenn auch im Strafprozess das Prinzip der Waffengleichheit herrscht. Denn nach verurteilendem Erkenntnis greift der Staat als Herrscher in die Freiheitssphäre des Verurteilten ein [1]). Blickt man tiefer, so werden die Beziehungen noch mannigfaltiger und noch deutlicher. Betrachten wir die Rechtsinstitute der sichernden Massnahmen gegenüber Unverbesserlichen, Gewohnheitsverbrechern, Trinkern, Liederlichen und Jugendlichen, so können wir von einer eigentlichen Umbildung der Institution der Strafe durch das Verwaltungsrecht reden [2]). Denn hier treten Institute des Verwaltungsrechts an die Stelle der Strafe. Dass die Massnahme durch den Richter verhängt werde, ändert an ihrem Wesen nichts, denn ihre Anwendung, ihr Vollzug erfolgt durchaus unter dem Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit

[1]) Mit der Urteilsfällung ist die Tätigkeit des Richters beendigt; es beginnt die vollstreckende (verwaltende) des Staatsanwaltes und der Strafvollzugsbehörden. Das Strafurteil, speziell die Strafsentenz, ist ein Auftrag an die Verwaltung, gemäss den Bestimmungen des Urteils zu exequieren. Die Art des Vollzuges innerhalb der Schranken des Urteils und der Strafvollzugsgesetze ist Ermessenssache der Verwaltung. Der Richter selbst hat nur in ganz bestimmten Fällen mit Bezug auf Änderungen des Vollzuges etwas zu sagen. Zürch. StrGB §§ 30, 31.

[2]) E. Schweiz. StrGB Art. 40, 41, 42, 54.

im Interesse der Erziehung des Verurteilten und der Sicherung der Gesellschaft. Streng genommen bedeutet schon das Eindringen der Ideen der Besserung und Sicherung in das Herrschaftsgebiet der reinen Vergeltungsstrafe eine Umbildung der Strafe in der Richtung der Entwicklung zu einer Institution des Verwaltungsrechts, denn Besserung und Sicherung liegen schon durchaus im Bereiche der verwaltenden Tätigkeit des Staates [1]). Betreten wir das Gebiet des Strafprozessrechts, so sehen wir, wie die Untersuchung in ihren wichtigsten Aufgaben mit den Mitteln der Verwaltung, durch unmittelbaren Zwang handelt: Verhaftung Verdächtiger, Beschlagnahmen, Hausdurchsuchungen, körperliche Untersuchungen Verdächtiger, Zwang gegen die Person durch zwangsweises Photographieren, Nehmen von Fingerabdrücken etc. [2]). Daher denn auch folgerichtigerweise die Beamten der Strafuntersuchungs- und Anklagebehörden nach zürch. Staatsrecht Verwaltungsbeamte sind [3]). Auf der andern Seite ist das moderne Verwaltungsrecht in bedeutendem Masse von den Grundsätzen des Strafrechts beeinflusst worden. Als wichtigste Errungenschaft, die nun durch die Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 auch gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hat, ist zu verzeichnen der Sieg des Verschuldungsprinzipes auch auf dem Gebiete der Polizeiübertretungen [4]), wodurch

---

[1]) Das Jugendstrafrecht des neuen zürch. StrP, soweit es wenigstens die Kinder zwischen 12 und 16 Jahren anbelangt (StrPO §§ 379—382), muss man schon ganz dem Verwaltungsrecht zuzählen, und zwar richtigerweise in das Ressort der Erziehungsdirektion fallend.

[2]) Zürch. StrPO §§ 54—73, 74—77, 83—85, 86 Abs. 2, 88—95.

[3]) Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen, §§ 99—105, 106—111; StrPO § 28: Die Justizdirektion oder der Regierungsrat können über die Einleitung und Durchführung von Strafprozessen von der Staatsanwaltschaft Bericht einfordern und ihr besondere Aufträge und Weisungen erteilen. § 29: Bei Einleitung von Strafprozessen, welche eine politische Bedeutung haben, hat die Staatsanwaltschaft so frühzeitig, als es ohne Gefährdung der Untersuchung geschehen kann, dem Regierungsrate über bereits getroffene Verfügungen Bericht zu erstatten und Anträge über weitere Massnahmen zu stellen.

[4]) StrPO § 327. Als Polizeiübertretung gilt jedes schuldhafte (vorsätzliche oder fahrlässige) Verhalten, durch welches ein Polizeigesetz oder eine Polizeiverordnung übertreten wurde; ferner das schuldhafte Zuwiderhandeln gegen andere, von zuständigen Behörden unter Androhung von Strafe erlassene Befehle, Verbote und Anordnungen, wenn sie, wie z. B. die Wegverbote, nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet sind.

wohl auch die Bestimmung von § 2, Abs. 2, des zürch. StrGB über den Ausschluss der Bestimmungen des allgemeinen Teils als aufgehoben gelten kann, soweit sie sinngemäss angewendet werden können und soweit nicht das materielle Polizeiübertretungsrecht abweichende allgemeine Bestimmungen enthält, oder der Grundsatz nulla poena sine lege ihrer Anwendung entgegensteht[1]. Es darf auch nicht übersehen werden, dass die meisten Verwaltungsgesetze mit Strafsanktionen umgeben sind und dass deren Gesamtbestand heutzutage die Summe der im Gesetzbuche aufgeführten Vergehen um ein Bedeutendes übersteigt. Auch auf diese Vergehen muss der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches Anwendung finden.

Bei einer solchen Aufzählung der wechselseitigen Beeinflussung der beiden Rechtsgebiete können wir aber nicht stehen bleiben. Wir müssen nach einem tiefern Grunde suchen, als ihn uns die Bedürfnisse der Praxis aufweisen, wir müssen vor allem nach einem gemeinsamen Rechtsprinzip forschen, auf welchem diese Beziehungen ruhen.

Und wenn wir nun forschen, so stossen wir auf einmal auf eine Rechtsordnung ganz besonderer Art, die alle andern Rechtsordnungen durchzieht, ihnen zur Seite steht, ja ihnen erst Rückhalt gibt.

Diese Ordnung ist die Rechtszwangsordnung, die man auch Vollstreckungsordnung nennen könnte.

Sie umfasst das ganze Vollstreckungsrecht, von der gewöhnlichen Schuldexekution für zivilrechtliche Ansprüche angefangen, die strafrechtliche Exekution wie den Verwaltungszwang umfassend, bis zur völkerrechtlichen Exekution, zum Kriege.

---

[1]) StrGB § 2 spricht allerdings kategorisch: „Dieses Gesetz findet nur auf Verbrechen (Vergehen), nicht auf Polizeiübertretungen Anwendung.

Wo ausnahmsweise in diesem Gesetze Polizeistrafen angedroht sind, finden die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes keine Anwendung, sondern es gelten die für das Verfahren bei Polizeiübertretungen aufgestellten Vorschriften."

Der betreffende Abschnitt der StrPO enthält allerdings sehr wenig Bestimmungen materiell-rechtlichen Inhaltes. Aber soll die Anstiftung zu einer Polizeiübertretung nicht bestraft werden? Oder sollen die Bestimmungen vom StrGB §§ 59 und 60 über die Erschwerungs- und Milderungsgründe bei Polizeiübertretungen nicht beachtet werden, oder die Bestimmungen über den Notstand? Z. B. bei kleinen Holzfreveln aus Not?

Nur vom Begriff der einheitlichen Rechtszwangsordnung aus gelangen wir dazu, die verschiedenen Machtmittel, die dem Staate zur Durchführung der ihm obliegenden Aufgaben zu Gebote stehen, wissenschaftlich zu klassifizieren, unter sich in Beziehungen zu setzen und in ein System zu bringen.

Wie gelangen wir nun dazu, hier ein leitendes Prinzip zu finden?

Wir müssen von der Tatsache ausgehen, dass es zum Wesen der staatlichen Rechtsordnung gehört, dass sie den ihr widerstrebenden Willen zu brechen versucht, ihre Macht an den ihr Widerstrebenden bewährt. Wäre dem nicht also, so würden die gesellschaftsfeindlichen Kräfte die Rechtsordnung in kürzester Zeit sprengen. Auf der Macht, die hinter der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsordnung steht, beruht alles friedliche Zusammenleben, beruht die Rechtssicherheit, dieser Grundpfeiler des Verkehrs [1].

Dieser Drang nach Rechtsmachtbewährung ist der gleiche, ob der Staat tätig werde im Interesse des einzelnen Bürgers, oder in demjenigen der Gesamtheit, oder der Staatsverwaltung.

Wenn der Staat seine Betreibungsbeamten in Bewegung setzt, um eine Pfändung vorzunehmen, so tut er dies deshalb, weil der Schuldner durch Unterlassung des Rechtsvorschlages das Recht zur Exekution anerkannt hat, bzw. seiner Einspracherechte verloren gegangen ist, oder weil durch richterlichen Spruch der Exekution freie Bahn gewährt wurde. Durch die Schuldexekution wird der Wille des Schuldners, der die nach der Rechtsordnung bestehende Leistungspflicht nicht freiwillig erfüllt, überwunden.

Ähnlich ist es bei der verwaltungsrechtlichen Exekution durch körperlichen Zwang. Der Wille des Gestellungspflichtigen, der sich weigert, zum Dienst oder vor einer Behörde zu erscheinen und vom Landjäger vorgeführt wird, wird gebrochen durch die Anwendung des staatlichen Zwanges, der Staat verschafft seiner Vorschrift, dass jemand auf Befehl hin da und da zu erscheinen habe, Nachdruck durch Gewalt-(Zwangs-)anwendung.

Bei der Ersatzvornahme ist die Rechtslage nicht anders, denn die Kosten der Ersatzvornahme werden, wenn der Schuldner nicht

[1]) Vgl. über die Rechtssicherheit, die Sekurität, die treffliche Betrachtung bei Jakob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen, S. 260.

freiwillig zahlt, im Wege der Exekution eingetrieben und gegenüber Versuchen, die Ersatzvornahme zu hindern, geht der Staat ebenfalls im Wege des unmittelbaren Zwanges vor [1]).

Die eben genannten Fälle gehören dem Gebiete des direkten Erfüllungs-(Leistungs-)zwanges an. Durch unmittelbare staatliche Aktion wird die Erfüllung bestimmter Pflichten herbeigeführt. Aber nicht überall kommt dieser unmittelbare Erfüllungszwang zur Wirkung. Seine Anwendbarkeit ist beschränkt auf die Fälle, wo ein besonderer Effekt hervorgebracht werden kann. Nun gibt es aber eine Reihe von Pflichten, die nicht gerichtet sind auf Vornahme bestimmter Leistungen, sondern auf Unterlassung bestimmter Handlungen (z. B. Peitschenknallen in Städten, Abgabe alkoholischer Getränke an Betrunkene, von Schiesspulver oder Feuerwerk an Kinder). Auch gegen solche Handlungen, bzw. die Verletzung von Rechtspflichten durch solche Handlungen reagiert die Rechtsordnung. Und zwar in der Weise, dass sie gegen den rechtswidrig Handelnden einen Zwang ausübt, der ihm unangenehm ist. Man nennt diesen Zwang Strafe. Es ist im modernen Staat üblich, diese Strafe, d. i. die Vornahme einer unangenehmen Zwangshandlung, vorher anzudrohen, und man hat in der Androhung solcher Übel einen indirekten Zwang auf Unterlassung rechtswidriger Handlungen gesehen. Man kann das, und man kann dann von präventivem psychologischen Zwang reden, aber man darf die Wirkung dieses Zwanges nicht überschätzen. Er wirkt eigentlich nur auf diejenigen, welche die Gebote und Verbote der Rechtsordnung schon um dieser selbst willen befolgen. Und weiter ist diese Androhung nur vorhanden innerhalb des modernen Rechtsstaates, während ausserhalb dieses eine Zwangsreaktion gegen Handlungen, die vom Inhaber der Macht für reaktionsbedürftig angesehen werden, stattfindet, auch wenn vorher eine Sanktion nicht bestand. Das klassische Beispiel in moderner Zeit sind die Bestimmungen des Versailler Friedensvertrages über die Auslieferung und Bestrafung des ehemaligen deutschen Kaisers und anderer Angehöriger der Zentralmächte [2]). Diese Reaktion ist rein

[1]) Vgl. darüber Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., § 13.

[2]) Ähnliche Tendenzen zeigen sich auch in der Judikatur der Kriegswucherrechtssprechung. Die Gerichte sind geneigt, Handlungen für strafbar zu erklären, auch wenn sie erst durch spätere, ihrer Begehung nach-

repressiver Natur, ihr Ziel ist juristisch lediglich Rechtsmachtbewährung. Inhaltlich ist sie aber reiner Zwang, gerichtet gegen die Person des sich gegen eine bestimmte Ordnung Auflehnenden, man kann sie als *Repressivzwang* bezeichnen.

Art und Mass dieses Zwanges können schwanken, sie sind abhängig von subjektiven Qualitätsurteilen bestimmter Zeitepochen über die Art der Handlung, die der Reaktion rufen. Für die Erkenntnis der juristischen Funktion des Zwanges kommen sie nicht in Betracht, ebensowenig wie die Ansichten über die Leistungen dieser Reaktion mit Bezug auf die Person des Bestraften (Besserung, Sicherung). Diese Dinge beweisen nur, dass sich das Gemeinschaftsleben nicht restlos juristisch erfassen lässt, sondern dass die Rechtsordnung nur *eine* Seite der tatsächlichen Ordnung menschlicher Dinge ist.

Dieser reine Repressivzwang ist Zwang wie der Erfüllungszwang, er ist unmittel barerZwang, gerichtet gegen Personen oder Sachen. Beispiele mögen das illustrieren: Die Hinrichtung, die Einsperrung, die Beschlagnahme und Zerstörung von Sachen, die Vollstreckung ins Vermögen des Verurteilten. Wenn der Verurteilte freiwillig zahlt, so geschieht das eben doch unter dem Drucke des exequierbaren Urteils. Nicht im Urteil liegt die Kraft der Rechtsordnung begründet, sondern in der Zulässigkeit der Anwendung der realen Macht gegenüber dem, der sich dagegen auflehnt. Daher verdient eine Rechtsordnung, gegen die sich der Einzelne, ohne Zwang befürchten zu müssen, auflehnen kann, diesen Namen gar nicht, sondern sie ist eine anarchische Ordnung. Daher der Unwert von Gesetzen, deren Erfüllung der Staat nicht erzwingen kann oder deren Missachtung er nicht durch Zwangsmassnahmen ahnden kann [1]. Urteile schaffen lediglich für den konkreten Fall den Anspruch des Staates, das Recht des Staates auf Zwangsanwendung gegenüber einer bestimmten Person. Dieses Recht kann aber einer Behörde, ja sogar einem Privaten ohne Urteil kraft Gesetzes direkt

folgende Erlasse unter Strafe gestellt werden und die frühern Erlasse lückenhaft waren. Der spätere Erlass wird dann fast im Sinne einer authentischen Interpretation des frühern aufgefasst. So das Verhältnis der BRB vom 10. August 1914 und 18. April 1916.

[1]) Vgl. über die Auflösung des Staates infolge anarchischer Zustände: Oppenheimer, Der Staat, S. 116 ff.

zustehen, das sind die Fälle der unmittelbaren Aktion der Verwaltung, der Selbsthilfe des Einzelnen.

Wir dürfen aus den Verschiedenheiten der Erscheinungsformen, in denen ein Rechtsinstitut auftritt, nicht auf grundsätzliche Verschiedenheiten schliessen, im Gegenteil: *Das Gemeinsame, das Verbindende ist der Grundgehalt des Institutes, das Wesentliche.* Für die Rechts*wissenschaft* ist dies das Entscheidende bei der Klassifizierung, das *Besondere gehört der juristischen Technik an, ist Ausgestaltung im Sonderfall unter ganz bestimmten zeitlichen und örtlichen Bedingtheiten. Das Wesentliche aber bleibt unter jeder Rechtsordnung,* ob wir das schweizerische, das deutsche, das französische oder das anglo-amerikanische Rechtssystem betrachten.

Diese Betrachtungen haben auch Bedeutung für den Rechtsunterricht. Es fehlt heute noch an einer allgemeinen Lehre vom Rechtszwang, d. h. an einer Lehre von der Anwendbarkeit staatlicher Zwangsmassnahmen. Mit Ausnahme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes wird der Rechtszwang jeweilen nur als Annex der einzelnen Rechtsordnungen, deren Schutz er dient, behandelt; er bildet ein Kapitel des Strafrechts, des Verwaltungsrechts, des Völkerrechts. Diese alle könnten zu einer Lehre vom Rechtszwange vereinigt werden, in der das Wesen, die Entstehungsgründe, die Erscheinungsformen, der Umfang und das Erlöschen der staatlichen Zwangsrechte zu behandeln wäre.

Um nun wieder auf die Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht zurückzukommen, so liegen diese, wie bereits angedeutet, begründet in dem beiden gemeinsamen Rechtszwang. Das Strafrecht ist ausschliesslich, das Verwaltungsrecht zu einem sehr grossen Teile vom repressiven Rechtszwang beherrscht.

Repressiver Rechtszwang ist derjenige Rechtszwang, durch welchen ein Einbruch in die Rechtsordnung durch eine Zwangsmassnahme gegenüber dem Fehlbaren angewendet wird ohne Rücksicht darauf, ob die Folge dieser Handlung, dieses Einbruches, ungeschehen gemacht werden kann oder nicht.

Man hat versucht, einen innern Unterschied zwischen den repressiven Satzungen der Verwaltungsgesetze und den Satzungen der Strafgesetzbücher zu konstruieren. James Goldschmidt hat dem Verwaltungsstrafrecht ein ganzes tiefschürfendes Buch gewidmet und neuestens verficht Hofacker in seinem Werke „Die

Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform" energisch die Scheidung zwischen Verwaltungsstrafrecht und bürgerlichem Strafrecht.

Man hat den Unterschied zu finden gesucht im Gegensatz von Rechtsgüterverletzungen und Verwaltungswidrigkeiten, in einem Doppelgegensatz in Zweck und Mittel, zwischen Wollendürfen und Wohlfahrt, zwischen Verfassung und Verwaltung, im Gegensatz von Verletzung und Gefährdung, von Rechtsgüterverletzung und formellem Ungehorsam.

Auf alle diese Gegensätze lässt sich eine juristische Theorie nicht gründen. Es gibt keinen Gegensatz zwischen Verfassung und Verwaltung, das sind zwei inkommensurable Grössen. Der Bestand an Rechtsnormen, der die Verfassung ausmacht, und der ja für die Verwaltung die Grundlage ihrer Tätigkeit bildet, hat letzten Endes das gleiche Ziel wie die Verwaltung, die Wahrnehmung und Förderung der allgemeinen Interessen. Und strafrechtliche Bestimmungen hat es zeitlich vor aller Verfassung gegeben. Gefährdungen werden sowohl vom bürgerlichen Strafrecht — man denke nur an die Strafe des Versuches — wie vom Strafrecht der Verwaltungsgesetze geahndet, und der formelle Ungehorsam existiert gar nicht, weil ihm immer etwas Reales, gegen das sich der Ungehorsam richtet, zugrunde liegt.

In Tat und Wahrheit beruht die ganze Unterscheidung von bürgerlichem Strafrecht und Verwaltungsrecht auf einer bestimmten staatsrechtlichen Auffassung, nämlich auf derjenigen, dass es einen Gegensatz gebe zwischen den Interessen des Staates und den Interessen des Substrates, des Staatsvolkes. Die Anhäger dieser Anschauung sehen in der Verwaltung etwas Minderwertiges, dem Individuum feindliches, oder zum mindesten sehen sie in den Interessen der Individuen etwas Höheres als in den Interessen der Verwaltung, weshalb die Interessen der Einzelnen und des Staates als Gesamtheit als Rechtsgüter bezeichnet werden, während den Interessen der Verwaltung eine solche Qualifikation nicht zugebilligt wird.

Nun zeigt eine genaue Betrachtung, dass sich der Unterschied zwischen Rechtsgut und Verwaltungsinteresse gar nicht durchführen lässt. Sogenannte Rechtsgüter sind im Laufe der Geschichte zu blossen sogenannten Verwaltungsinteressen herabgesunken, sogenannte Verwaltungsinteressen sind im Laufe der Zeit zu Rechtsgütern geworden.

So ist die einfache Unzucht als Vergehen aus den meisten Strafgesetzbüchern verschwunden oder zu einer blossen Polizeiübertretung geworden; im gemeinen deutschen Strafrecht ist überhaupt manchmal schwer zu unterscheiden, ob eine Handlung als Verbrechen oder als Polizeivergehen bestraft wird, oder was der Unterschied zwischen beiden ist. In seinem Lehrbuch, § 432, sagt Feuerbach: Diejenigen strafbaren Handlungen, welche, ohne eine Rechtsverletzung zu enthalten, bloss aus polizeilichen Gründen einer Strafdrohung unterworfen sind, können, soweit dieselben im gemeinen Recht vorkommen, in vier Hauptklassen geteilt werden, je nachdem dieselben entweder der Kriminalpolizei, der Güterpolizei, der Sittenpolizei oder der Bevölkerungspolizei zuwiderlaufen.» Mehrere dieser Übertretungen sind jedoch, in Ansehung der Strafe, den Verbrechen gleichgestellt, und so zeigt ein solcher Ausspruch, wie man dazu gelangen kann, Tatbestände, die heute unzweifelhaft als Vergehen angesehen werden — denn es gehören darunter der Inzest, die Sodomie, die qualifizierte Kuppelei — und die dermals auch gleichschwer wie Vergehen gestraft wurden, von einem bestimmten Gesichtspunkte aus als Verwaltungsdelikte im modernen Sinne, denn „Polizei" ist im Sinne von „Verwaltung" gebraucht, betrachten kann.

Was den Unterschied zwischen Vergehen und Übertretungen, wobei kein Unterschied zu machen ist, ob sich der Tatbestand der Übertretung im Strafgesetzbuch oder in einem besondern Verwaltungsgesetz findet, allein bedingt, ist das Mass des Interesses, das die Allgemeinheit, der Staat, an einer Handlung hat, mit Bezug darauf, dass sie nicht geschehe. Das Mass dieses Interesses lässt sich von vornherein gar nicht feststellen, es ist historisch bedingt und daher irrational. Dieses Interesse kann gering sein, da es sich um vorwiegende Interessen Privater handelt, es kann sehr gross sein, wo angeblich nur Interessen der Verwaltung in Frage stehen. Wir haben in eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebungen eine Reihe interessanter Belege für diese Erscheinung:

Im grossen und ganzen werden die Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen eidgenössischer Gesetze als Vergehen behandelt, und es finden auf sie die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Gesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853 Anwendung. Aber in geringfügigen Fällen sind die Behörden berechtigt, eine blosse Polizeibusse zu verhängen. So z. B. Bundesgesetz betreffend den Verkehr

mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, Art. 53, Kunstweingesetz, Art. 14. Die Norm, gegen die gehandelt wird, ist genau dieselbe. Das Absinthverbotgesetz ist ein reines Wohlfahrtsgesetz, seine Übertretungen sind Zuwiderhandlungen gegen die Massnahmen, die zur Durchführung des Absinthverbotes ergriffen werden, sie tragen innerlich durchaus den Charakter von Verwaltungswidrigkeiten, werden aber als Vergehen bestraft.

Noch typischer zeigt sich diese nur graduelle Verschiedenheit von Vergehen und Übertretungen im Verfahren wegen Übertretung der kriegswirtschaftlichen Verordnungen des Bundes.

Wenn der Bundesrat beschliesst, es sei je nach dem Gutfinden der Oberbehörden der eine Fall durch die Zollbehörden abzuwandeln, der andere aber an die Strafgerichte zu weisen, so beweist er damit, dass lediglich die Intensität der staatlichen Interessen entscheidet, wie eine Zuwiderhandlung gegen bestimmte Normen zu behandeln sei [1]).

Am deutlichsten spricht diesen Grundsatz aus die ein staatsrechtliches Unikum darstellende Verordnung des Zürcher Regierungsrates über das Strafrecht und das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Kriegsverordnungen im Kanton Zürich vom 28. Juni/3. Juli 1918, wenn sie in Art. 1 sagt:

> „Zuwiderhandlungen gegen Kriegsverordnungen des Bundes und gegen kriegswirtschaftliche Bestimmungen des Kantons und Verfügungen von Kantons- und Gemeindebehörden werden als Vergehen von den Gerichten verfolgt und beurteilt.
>
> Rechtfertigt es sich nicht, eine Zuwiderhandlung mit einer Kriminalstrafe zu ahnden, so wird sie als Übertretung vom Statthalteramt, in den Städten Zürich und Winterthur von den städtischen Polizeibehörden mit Polizeibusse bis zu 200 Fr. bestraft. Vorbehalten bleiben Übertretungen, die mit einer höhern Polizeibusse bedroht sind.
>
> Die Statthalterämter sind berechtigt, Übertretungen geringfügiger Natur den Gemeindebehörden zur Erledigung in gemeinderätlicher Kompetenz zu überweisen."

---

[1]) Vgl. BRB vom 17. Mai 1918 betreffend die Einsetzung einer Strafkommission des schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements. A. S. XXXIV, S. 538.

Und Art. 6 bestimmt:

„Das Statthalteramt (also eine Verwaltungsbehörde) entscheidet darüber, ob auf gerichtlichem oder administrativem Wege vorgegangen werden soll. In zweifelhaften Fällen kann es die Akten der kriegswirtschaftlichen Polizeikontrolle zum Entscheid einsenden. Gerichtlich zu bestrafende Fälle überweist es der zuständigen Bezirksanwaltschaft."

Hier wird es also ganz ins Ermessen der Behörde gestellt, ob sie einen Fall, den sie als geringfügig ansieht, nur als Übertretung bestrafen will; es besteht für sie nicht einmal eine Rechts*pflicht*, denn sie ist lediglich berechtigt, es zu tun. In einem konkreten Fall, der auch das zürcherische Kassationsgericht beschäftigt hat, ist letzteres sogar dazu gekommen, Personen, welche ursprünglich wegen ausgezeichneten Betruges angeklagt waren (es hatte sich um Erschleichung von Notstandsermässigungen durch Täuschung der Beamten über die Erwerbsverhältnisse der Angeklagten gehandelt) auf Grund der oben zitierten Verordnung nur mit einer Polizeibusse zu belegen. Mehr kann man den angeblichen Unterschied zwischen Vergehen und Übertretungen nicht verwischen. Nur beiläufig sei noch erwähnt, dass die Gerichtsverfassung wie auch die Strafgesetzgebung der Regenerationsperiode einen scharfen Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen nicht kannte. So sagt § 3 des Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831:

„Die Zunftgerichte beurteilen in erster Instanz:

. . . .

. . . .

c. Endlich überhaupt alle geringen Vergehen, deren Strafen laut den bestehenden Polizeigesetzen die Strafkompetenz der Zunftgerichte nicht übersteigen."

Die Strafkompetenz der Zunftgerichte war nach § 6 des zit. Gesetzes folgende:

a. Einfaches Gefängnis bis auf sechs Tage.

b. Eingrenzung in die Gemeinde bis auf einen Monat.

c. Richterlicher Verweis.

d. Geldbusse bis auf 24 Franken.

Diese Strafen fanden auf Vergehen wie auf Polizeiübertretungen Anwendung. Der § 1 des Strafgesetzbuches vom 24. Herbstmonat 1835 bestimmte:

„Strafbare Handlungen und Unterlassungen sind entweder Verbrechen (bei einem geringern Grade von Strafbarkeit gewöhnlich Vergehen genannt) oder Polizeiübertretungen. Sämtliche in dem gegenwärtigen Gesetzbuche erwähnten strafbaren Handlungen sind als Verbrechen zu betrachten; die Bestimmungen, welche die Polizeiübertretungen betreffen, werden durch besondere Gesetze gegeben. Was nicht in diesem Gesetzbuche mit Strafe bedroht oder als Polizeiübertretung anzusehen ist, darf nicht bestraft werden."

Weitere interessante Beispiele liefert das Militärstrafrecht. Das Militärstrafrecht ist in seiner Hauptsache ein Sonderrecht der Militärverwaltung, des Heeres als öffentlicher Anstalt, auf deren Bedürfnisse es zugeschnitten ist. Hier Rechtsgüter zu konstruieren, abgesehen vom Kriegsverrat und von den Tatbeständen der gemeinen Vergehen, die, wenn im Dienst begangen, schwerer bestraft werden als nach bürgerlichem Strafrecht, dürfte schwer fallen. Dass hier lediglich das Interesse an der Erfüllung der Dienstpflicht eine Rolle spielt und daher ein und dieselbe Handlung, je nach den Umständen, unter denen sie begangen wird, verschieden bewertet wird, zeigen namentlich die Fälle, wo eine Tat im Kriegsfalle sogar mit dem Tode bestraft wird, während sie in unbedeutenden Fällen oder im Instruktionsdienste mit blosser Ordnungsstrafe belegt wird [1]). Im Instruktionsdienste sind die Interessen der Militärverwaltung natürlich viel weniger gefährdet als im Aktivdienste.

So entspricht es schliesslich nur dem tatsächlichen Geschehen, wenn der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 ganz bewusst eine Reihe von Handlungen, die nach der Rechtsgütertheorie unzweifelhaft als Vergehen zu betrachten wären, um ihrer Geringfügigkeit willen nur als Übertretungen bestraft. Diese Geringfügigkeit ist der Grund verminderten staatlichen Interesses, dieses verminderte staatliche Interesse der Grund geringerer Strafbarkeit und deshalb ihrer Einreihung in eine andere Kategorie strafbarer Handlungen.

Diese Beispiele dürften beweisen, dass sich eine scharfe Grenze zwischen Vergehen und angeblichen blossen Verwaltungswidrigkeiten nicht ziehen lässt.

---

[1]) Mi. StrGB Art. 75, 77, 78, 86, 92, 94, 96, 97, 166.

Die Rechtsgüterschutztheorie zwingt, das ganze Gebiet des repressiven Zwanges in eine Unzahl von Rechtsgütern aufzulösen, deren Schutz die Normen dienen sollen. Es ist aber durchaus nicht richtig, dass die Normen, bzw. die angehängte Strafdrohung einen wirklichen Schutz gewähren. Bis zu einem gewissen Grade wird allerdings eine Art Schutz gewährt, ein Schutz generell-präventiver Art, insofern, als die Existenz einer mit Strafdrohung versehenen Norm stets eine grosse Zahl von Menschen abhalten wird, der Norm zuwiderzuhandeln, kraft des Respektes, den jede Autorität auf die Grosszahl der Menschen ausübt. Der Respekt gilt aber gar nicht dem angeblichen Rechtsgut, sondern er gilt dem Respekt vor dem Gesetz.

Die Richtigkeit dieser Behauptung zeigt sich da, wo wir über den Kreis derjenigen angeblichen Rechtsgüter hinaustreten, die vitale Interessen berühren, wie Leben, Ehre, Freiheit, Vermögen, deren Bedeutung von jedermann erkannt wird, und die daher auf Grund der Wertschätzung, die jeder ihnen beilegt, von ihm auch bei andern respektiert werden. Warum wirken die einfachen Verbote prohibitiv? Nur deshalb, weil der Durchschnittsmensch gewohnt ist, sich einem Befehl zu fügen. Dies tut er, ob der Befehl nun dahin lautet, keinen Wein zu pantschen — was als Vergehen bestraft wird — oder ein fremdes Grundstück zu betreten, oder am Sonntag keine Teppiche zu klopfen — was als Polizeiübertretung bestraft wird. Von dem Rechtsgut, das er durch seine Handlung angeblich verletzt, wird der Weinpantscher, der ja den Wert des Getränkes nicht notwendig verringert — man denke an Verschnittweine — in den meisten Fällen keine Vorstellung haben, so wenig wie die Magd, die am Sonntag Teppiche ausklopft, vom Interesse der Verwaltung am Unterlassen der Teppichklopferei eine klare Anschauung haben wird, oder so wenig der Kuppler weiss, gegen welches Rechtsgut er verstösst. Wer aber weiss, dass diese oder jene Handlung verboten ist, der wird sie unterlassen ohne Rücksicht darauf, ob sie ein Vergehen darstellt oder eine Polizeiübertretung oder ein blosses Finanzdelikt, aus dem einfachen Respekt vor der Autorität des Gesetzes. Dieser Respekt vor dem Gesetz besteht darin, dass der Einzelne, wenn auch oft nur in sehr unklarer Weise, weiss, dass der Staat nicht gewillt ist, die Verletzung dieses Respektes, d. h. die Zuwiderhandlung gegen seine Vorschriften, ungeahndet zu dulden.

Dass der Staat bei der Fixierung des Masses der Ahndung das Interesse, das er an der Beobachtung der Norm hat, zur Grundlage nimmt, ist selbstverständlich. Dieses Interesse des Staates kann ganz verschieden sein von der Bewertung des angeblichen Rechtsgutes durch die Einzelnen. Was ist zum Beispiel bei der Bestrafung der Päderastie das Rechtsgut? Die Sittlichkeit? Die Päderastie ist vom rein ethischen Standpunkte aus betrachtet nicht verwerflicher als andere — straflose — sexuelle Perversitäten. Warum straft der Staat also? Weil er auf Grund geschichtlicher Entwicklung heute noch ein Interesse daran zu haben glaubt, die Päderastie zu strafen. Schon der Gesetzgeber von morgen hat aber ein bedeutend reduzierteres Interesse an einer restlosen Bestrafung, weshalb er sie auf den homosexuellen Umgang Mehrjähriger mit Minderjährigen beschränkt. Vgl. den Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Art. 169.

* * *

Wir haben oben erwähnt, dass diese Versuche, grundlegende innere Unterschiede zwischen den repressiven Zwangsnormen zu finden, auf staatsrechtliche Anschauungen zurückzuführen sind, die Individuum und Verwaltung in einen feindlichen Gegensatz stellen.

Sie beruhen aber auch noch auf einer andern Vorstellung. Sie beruhen auf der Vorstellung, dass es möglich sei, die zufälligen, d. h. örtlich und zeitlich bedingten Verschiedenheiten des geltenden Rechts mit Bezug auf Vergehen und Übertretungen auf ein gemeinsames materielles Grundprinzip zurückzuführen. Das ist nicht möglich. Man kann nur das Gemeinsame rationale, d. h. durch die gleiche Denkoperation Erschliessbare aufdecken, die irrationalen Abweichungen muss man als solche einsehen und aus ihnen nicht allgemein Gültiges ableiten wollen.

Der Zwang an sich ist das rationale, das formale Element, das irrationale, historisch bedingte Element ist die Intensität des Interesses des Staates an bestimmten Normen und die *Art* des Zwanges.

Dass die Bestrebungen, diese Arten des Zwanges gewissermassen moralisch zu scheiden und materielle Unterschiede zu finden, heute noch Anhänger finden, kommt daher, dass die Verwaltung sich noch nicht von den Schlacken des Polizeistaates freigemacht hat und der Verfolgung des Rechtsweges durch den Bürger

immer noch zu starke Hindernisse in den Weg legt und daher den Bürger sozusagen zwingt, die durch Verwaltungsbehörden verhängten Strafen auf ein tieferes Niveau der ethischen und weltlichen Einschätzung hinabzudrücken.

Um es mit dürren Worten zu sagen: Der moderne Staat, auch der demokratische, übt den repressiven Verwaltungszwang, namentlich auf dem Gebiete der Fiskalvergehen in einer Weise, die dem Rechtsgefühl widerstreitet, indem er dem Betroffenen die Rechtsgarantien für eine unparteiische Beurteilung des Falles verweigert. Es gilt auf weiten Gebieten des repressiven Zwanges noch der Grundsatz, dass die Strafe ohne Rücksicht auf Schuld verhängt wird.

Hier gilt es einzusetzen. Wir müssen den im Strafrecht schon lange geltenden Grundsatz: Ohne Schuld keine Strafe (Repression) restlos auf die repressiven Zwangsnormen des Verwaltungsrechtes anwenden. Dann wird von selber die Bewertung der Verstösse gegen Normen des Verwaltungsrechtes eine andere werden. Die Interessen der Verwaltung des Gemeinwesens, die ja im Interesse aller arbeitet, sind genau so legitimiert wie die Interessen der Einzelnen, aber auch nicht mehr, insofern es sich darum handelt, wegen ihrer Verletzung repressiv vorzugehen. *Die verwaltungsrechtliche Repression muss ethisiert werden, was nur unter dem Einfluss strafrechtlicher Grundsätze geschehen kann, wie anderseits das Strafrecht ethisiert wurde unter dem Einfluss der verwaltungsrechtlichen Ideen.*

Endlich dürfen wir nicht vergessen, dass die Repression nur ein notwendiges Übel ist. Sie steht nicht höher als die Prügelpädagogik, nur dass wir noch nicht auf einer Kulturstufe angelangt sind, die uns die nötigen Einsichten gewährte, um einen bessern Ersatz dafür zu finden. Das Verwaltungsrecht ist berufen, die Repression nach Möglichkeit durch Prävention und Prophylaxe zu ersetzen, indem es durch Bekämpfung der Gefährdung den Eintritt der Verletzungen überhaupt verhütet. Die Möglichkeit, das Gebiet des repressiven Zwanges einzuschränken, ist hier gegeben, indem das Gebiet der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges, z. B. durch Schliessung von Etablissements, welche den zur Bekämpfung der Gefährdung dienenden Verwaltungsanordnungen keine Folge geben wollen, erweitert wird. Nicht mehr das Strafrecht, das Verwaltungsrecht ist, wenn man davon überhaupt reden kann, der Er-

zieher des Volkes zur Verantwortung und zur Vermeidung von Rechtsverletzungen. Aber des Strafrechts wird auch das Verwaltungsrecht nicht entraten können. Vor allem zurzeit noch nicht. Und zwar wird es das Strafrecht zur Hülfe herbeiziehen müssen zur Bekämpfung von Gefährdungen in den Fällen, wo die Ersatzvornahmen oder der direkte Erfüllungszwang zur Bekämpfung von Gefährdungen versagen und wo eine eigentliche Renitenz gegen die prophylaktischen Massregeln vorhanden ist. Hier hat die Strafandrohung eine erzieherische Wirkung, weil sie sich im allgemeinen an Kreise wendet — man denke vor allem an die Verwaltungsvorschriften zur Bekämpfung industrieller Schädlichkeiten — die für die Strafandrohung kraft ihrer Erziehung, Bildung und Einsicht empfänglich sind [1]).

Suche ich zusammenzufassen, was ich in den vorstehenden Blättern mehr nur andeutungsweise darzustellen versuchte, so ergibt sich folgendes Resultat:

Durch alle Teile der Gesamtrechtsordnung jedes Gemeinwesens zieht sich hindurch eine Rechtsordnung besonderer Art, die, zu jeder Sonderordnung notwendig ergänzend, den besondern Bedürfnissen dieser Rechtsordnung entsprechend zur Seite tritt.

Es ist dies die *Rechtszwangsordnung*.

Diese Rechtszwangsordnung lässt sich gliedern nach den verschiedenen Arten des Zwanges, der seinerseits bedingt ist durch die Natur der Pflicht, deren Erfüllung derjenige versäumt hat, gegen welchen sich der Zwang richtet.

Der Zwang kann sein: Auf Erfüllung gerichtet in den Fällen der Schuldexekution, der Ersatzvornahme, des unmittelbaren Zwanges,

oder:

Repressiv in den Fällen, wo ein Zwang zur Erfüllung der Natur der Sache nach nicht möglich ist.

In diesem repressiven Zwang liegt das dem Strafrecht wie dem Verwaltungsrecht gemeinsame Moment.

Es gibt keinen innern Unterschied zwischen den Sätzen des Strafrechts und denjenigen des sogenannten Verwaltungsstrafrechts. Verschieden sind nur die Motive des Gesetzgebers für Art

[1]) Vgl. dazu: Zangger, Medizin und Recht, S. 291 ff. „Das Problem der Gefährdung".

und Mass der Ausgestaltung der Reaktion im einzelnen Falle. Diese Motive werden bestimmt durch zeitlich und örtlich verschiedene, in der geistigen Eigenart des in eine bestimmte Umwelt eingebetteten Gesetzgebers ruhende Ansichten über die Intensität des Interesses, das die Gemeinschaft (der Staat) daran hat, dass eine Handlung des Einzelnen unterbleibe. Diese Handlungen können in Verletzungen oder Gefährdungen bestehen. Man hat die verletzten Interessen Rechtsgüter genannt, ein irreführender Ausdruck, denn er zwingt dazu, das einheitliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung in eine Unzahl einzelner Rechtsgüter, deren Subjekte bald der Einzelne, bald die Gemeinschaft ist, aufzulösen. Der Begriff des Rechtsgutes ist wieder nur ein subjektiv qualitativer; er besteht nur auf Grund subjektiver Wertschätzung.

Die Tendenz ist, die Strafe im Interesse des verwaltenden Staates in ihrem Vollzug umzubilden und anderseits die verwaltungsrechtliche Repression mit den Rechtsgedanken des bürgerlichen Strafrechts zu durchtränken. Wir sind heute schon auf dem besten Wege dazu. Die sichernden Massnahmen des Entwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches sind Ausdruck der verwaltungsrechtlichen Repression, die im wesentlichen erfolgte Unterstellung der Polizeiübertretungen unter die allgemeinen Grundsätze, die für die Vergehen gelten, bedeuten den Sieg des Rechtsprinzips auf dem Gebiete des repressiven Verwaltungszwanges. Nötig ist aber, dass durchgreifend die Anwendung des repressiven Zwanges abhängig gemacht werde von unabhängiger richterlicher Prüfung.

Unsere wissenschaftliche Anschauung über das Wesen des Staates steht noch zu stark unter dem Einfluss der Lehre, dass der Staat ein von den ihn konstituierenden Individuen unabhängiges Wesen sei, mit Strebungen und Zielen, die, ganz individualistisch erfasst, in einen begrifflichen Gegensatz treten zu den Bestrebungen des Volkes. Diese Auffassung hält objektiver Betrachtung nicht stand. Der Staat ist ein Ausdruck tatsächlicher Machtverhältnisse, seine angeblichen Willensäusserungen Äusserungen derjenigen Gruppe, welche die tatsächliche Macht in Händen hat. In der Demokratie wird diese Gruppe in der Regel die Mehrheit der Aktivbürger sein. Die Erfahrung zeigt, dass auf die Dauer politische Herrschaft nur erhalten bleibt, wenn sie ausgeübt wird im Interesse aller [1]). In

[1]) Duguit, Manuel de Droit constitutionnel, an verschiedenen Orten.

diesem Interesse wird sie aber nur ausgeübt, wenn sie sich leiten lässt von den sittlichen Ideen ihrer Zeit. Zu diesen Ideen gehört die Idee der Gerechtigkeit. Sie zeigt sich vor allem darin, dass die Herrschenden ihre Gewalt nicht missbrauchen und dem Einzelnen Nachteile nur zufügen dürfen auf Grund eines unparteiischen Rechtsspruches. Ich habe zu zeigen versucht, dass es eine einheitliche Rechtszwangsordnung gibt, und dass insbesondere aller repressive Zwang wesensgleich ist, sei es, dass er ausgeübt wird auf Grund von Gerichtsurteilen, oder auf Grund von Verwaltungsentscheiden. Gerade deshalb aber müssen wir notwendig dazu gelangen, jede Anwendung dieses repressiven Zwanges, unbeschadet der besonderen mit der Vollstreckung zu verbindenden Zwecke, abhängig zu machen von einem Richterspruch.

Das sogenannte stellvertretende Strafrecht.

(Strafverfolgungsübernahme).

Von Privatdozent Dr. G. F. v. CLERIC in Zürich.

I. Bedeutung, Entstehungsgeschichte und Definition des stellvertretenden Strafrechtes.

Das sogenannte stellvertretende Strafrecht, eine der reizvollsten Partien des internationalen Rechtes, steht in erster Linie im Zusammenhange mit dem Grundsatze der Nicht-Auslieferung der Nationalen. Auch die Schweiz liefert heute ihre eigenen Staatsangehörigen nicht mehr aus. Nehmen wir also an, dass ein Schweizer in Frankreich eine strafbare Handlung begangen hat und dass es ihm gelänge, nach geschehener Tat in die Schweiz zu kommen, so kann die Schweiz den Täter nicht an den französischen Staat ausliefern. Eine Straflosigkeit des Täters wäre aber sehr unerwünscht. Liefert also der Zufluchtsstaat nicht aus, so muss er auf Mittel und Wege sinnen, wie *er selbst* an dem flüchtigen Frevler die verdiente Strafe sanktionieren und sie auch vollziehen kann. Zwecks Erreichung dieses Zieles stehen dem Ergreifungsstaate zunächst zwei Wege offen: 1. die Regelung der Angelegenheit unter dem Gesichtspunkte der *aktiven Personalität;* 2. die Regelung derselben in Gemässheit des *Universalitäts(Weltrechtsergreifungs-)prinzips.*

Das Prinzip der *aktiven Personalität* fusst auf dem nationalstaatlich orientierten Gedanken, dass der Heimländer, auch wenn er im Ausland delinquiert, in seiner *Heimat* haftet, dass der heimatliche Staat ein *selbständiges jus puniendi* besitzt, wenn

der Inländer im Auslande gefrevelt hat. Dieses Prinzip der aktiven Personalität ist alten Ursprungs: Die alten Germanen folgten diesem Gedanken; Bartolus vertritt ihn mit dem Argumente, dass der Staat ein Interesse besitze «habere bonos subditos»; die Statuten des italienischen Mittelalters weisen viele Anklänge an dieses Heimatsystem auf; Frankreich folgte im Mittelalter der aktiven Personalität; die Städte des deutschen Mittelalters kannten diesen Grundsatz. Die deutsche Partikularstrafgesetzgebung nahm diesen Grundsatz bruchweise auf, und auch die heutige Gesetzgebung der Schweiz sowohl wie des Auslandes geht teilweise noch auf diesem Pfade. Die neuzeitliche *Doktrin* ist aber mehr und mehr dazu gelangt, den Grundsatz der aktiven Personalität zu verabschieden. Die aktive Personalität passt nicht mehr in unser territorialstaatliches Gefüge; und in rechtlicher wie praktischer Hinsicht ruft dieses System ganz argen Inkonvenienzen. Ich habe die Gründe, die gegen das Heimatsystem sprechen, bereits in zwei Abhandlungen [1]) dargetan und ich kann mich an dieser Stelle damit bescheiden, auf die dortigen Ausführungen hinzuweisen.

Das *Universalitätsprinzip* geht von dem richtigen Gedanken aus, dass keine schwere Straftat ungesühnt bleiben darf. In Gemässheit dieses Gedankens machte sich aber der weitere geltend, dass jeder Staat, auf dessen Gebiet ein auswärtiger Delinquent (gleich ob In- oder Ausländer) auftauche, diesen Auslandstäter *selbst* bestrafen müsse. Und zwar vermeinte man, dass der Ergreifungsstaat mit dieser Straffunktion einen *eigenen* Strafanspruch (ein *eigenes* jus puniendi) tilge. Dieses Weltrechtsergreifungsprinzip war vielfach schon in den Städten des deutschen Mittelalters vertreten. Neuen Aufschwung gewann es besonders mit dem Aufkommen der Naturrechtslehre. So finden wir dieses Prinzip seit dem 17. Jahrhundert vielfach in der deutschen Doktrin vertreten; besonders knüpft es an die Namen von Mathäus, Fröhlich von Fröhlichsburg, nicht in letzter Linie aber von Carpzow an. In neuerer Zeit ist dieses Prinzip aber immer mehr und mehr zum Absterben gelangt; und wenn es auch noch von einzelnen Autoren vertreten

[1]) «Die Beziehungen zwischen jus puniendi und Anwendung des Strafgesetzes im internationalen Strafrecht» (S. J. Z. 14, S. 369 ff.) und «Der Bereich des Strafgesetzes« (S. J. Z. 15, S. 221 ff.).

wurde, so hatte sich doch schon in der Partikularrechtsperiode (Köstlin!) vielfach die Abkehr von diesem Systeme durchgesetzt, wie denn beispielsweise auch die kantonalen Strafgesetze der Schweiz sich dem Weltrechtsprinzip gegenüber ablehnend ver halten. Die Gründe, die gegen das Universalitätsprinzip als allgemein gedachtes Prinzip sprechen, habe ich ebenfalls schon anderweitig dargetan [1]).

Das System, auf dem sich das heutige internationale Strafrecht aufbauen muss, ist, wie neuerdings wieder *Kohler* (Internationales Strafrecht, 1917) in trefflicher Weise lehrt, dasjenige der *Territorialität.* Was im Auslande geschehen ist, soll das Inland im allgemeinen nicht unter dem Gesichtspunkte eines eigenen Strafanspruches bekümmern; das Inland genügt den allgemeinen Strafrechtsinteressen damit, dass es den flüchtigen Frevler an den Begehungsstaat *ausliefert.* Ist aus diesem oder jenem Grunde die Auslieferung nicht möglich, so soll freilich der Ergreifungsstaat selbst bestrafen; er soll hier aber nicht strafen unter dem Gesichtspunkte eines *eigenen* jus puniendi, sondern unter demjenigen des sogenannten *stellvertretenden Strafrechtes.* Der Weg zum richtigen Verständnisse dieses stellvertretenden Strafrechtes ist gerade im erwähnten Werke Kohlers gewiesen worden [2]), wie denn auch vielfach meine folgenden Ausführungen mit denen Kohlers einig gehen.

Welches sind die Hauptkriterien des *stellvertretenden Strafrechtes* (der *Strafverfolgungsübernahme,* wie wir es hierzulande bezeichnen)? Diese Kriterien werden später im einzelnen ihre Darstellung finden. Hier nur soviel: Auch beim stellvertretenden Strafrecht straft der Zufluchts(Ergreifungs-)staat selbst. *Der Zufluchtsstaat straft aber hier nicht unter dem Gesichtspunkte eines eigenen Strafanspruches;* er nimmt sich nicht wie bei der aktiven Personalität oder beim Universalitätsprinzip ein eigenes jus puniendi hinsichtlich der Auslandstat aus, sondern er straft hier lediglich «*in Vertretung*» des ausländischen Staates. Der *fremde* Staat — Frankreich — behält also das jus puniendi; der Zufluchtsstaat — die Schweiz — leistet durch die

[1]) In meiner Abhandlung über «Das Weltrechtsergreifungsprinzip» (S. J. Z., 16, S. 345 ff.).

[2]) Besonders S. 187 ff. — Vergleiche auch meine Ausführungen in der Zeitschrift für Völkerrecht, 11, S. 360 ff.

eigene Bestrafung lediglich dem *fremden* jus puniendi *Beihilfe*. Das stellvertretende Strafrecht ist, wie die Auslieferung, nur ein Akt der *Rechtshilfe*. Das stellvertretende Strafrecht ist das Gegenstück zur Auslieferung. Im Gegensatz zur aktiven Personalität und zum Universalitätsprinzip schreitet also der Zufluchtsstaat beim stellvertretenden Strafrecht auch nur dann ein, wenn der betreffende ausländische Staat beim Zufluchtsstaate ein bezügliches *Begehren* stellt. Das stellvertretende Strafrecht beruht auf einem *Mandate* seitens des ausländischen Staates; es basiert auf zweiseitig *rechtsgeschäftlicher* Grundlage. Das stellvertretende Strafrecht ist also auch keineswegs etwa «negotiorum gestio». Der vielleicht nicht gerade sehr deutliche Ausdruck «stellvertretendes Strafrecht» darf also nicht zur Ansicht verleiten, dass etwa der Zufluchtsstaat als negotiorum gestor eigenmächtig und ohne fremden Impuls in fremder Sache handle [1]).

Das stellvertretende Strafrecht ist ein *notwendiges* Ergänzungsstück zum Territorialitätsprinzip und zum Prinzip der Nicht-Auslieferung des Nationalen. Das heisst: folgt ein Staat richtigerweise unter prinzipieller Ablehnung des aktiven Personalitäts- und des Universalitätsprinzips dem Territorialsystem und liefert er zudem den eigenen Angehörigen nicht aus, so *muss* er einfach ein System des stellvertretenden Strafrechtes aufstellen; andernfalls ergäben sich Ungeheuerlichkeiten. Sehr lehrreich in dieser Hinsicht ist der Fall *Wilson* [2]). Der Engländer Wilson hatte im Jahre 1877 in Zürich einen Postdiebstahl im Betrage von 50,000 Franken begangen. Er floh mit der Beute nach England. Die englische Regierung lieferte den Dieb nicht aus, da er Engländer war und die Schweiz hinsichtlich der Auslieferung eigener Staatsangehöriger nicht Gegenrecht hielt. Da ferner England dem Territorialprinzip folgt, konnte England den Täter nicht unter dem Gesichtspunkte eines

---

[1]) *Binding* (Handbuch, S. 373) wendet sich *gegen* die Bezeichnung «stellvertretendes Strafrecht», da es zwecks Ausübung dieser Straffunktion eines «Titels» (eines Vertrages oder sonstigen Rechtsgeschäftes) bedürfe. Binding redet vielmehr von einer «Zession des Strafanspruches zur *Ausübung*». Mit Recht führt Binding (l. c.) im weitern aus, dass hier der Zessionar einen *Rechtshilfeakt*, nicht ein eigenes Strafrecht ausübe.

[2]) *Langhard*, Das schweizerische Auslieferungsrecht, S. 86.

eigenen Strafanspruches zur Verantwortung ziehen. Deshalb hätte nun das stellvertretende Strafrecht Platz greifen sollen. Dieses Institut war aber den Engländern nicht bekannt. Daher führte dieser Fall Wilson zu dem monströsen Ergebnisse, dass der Täter straffrei ausging und dass er sich in seiner Heimat England unbehelligt an der Diebesbeute gütlich tun konnte.

Das stellvertretende Strafrecht ist seiner Entstehungsgeschichte nach schon älteren Ursprungs. *Kohler* (l. c., S. 187) glaubt, das stellvertretende Strafrecht schon im italienischen Mittelalter (Postglossatorenzeit) nachweisen zu können. In bewusster Weise wird aber das stellvertretende Strafrecht von *Hugo Grotius* befürwortet. Wie zur Zeit der Naturrechtslehre das Universalitätsprinzip zur Bedeutung gelangte, so hatte sich bei Hugo Grotius die Idee des stellvertretenden Strafrechtes durchgesetzt. Der Ausgangspunkt für das stellvertretende Strafrecht wie für das juristisch ganz anders geartete Universalitätsprinzip war dabei der gleiche: kein Verbrecher darf der verdienten Strafe entgehen, wenn es ihm gelingt, vom Schauplatz seiner Taten zu verschwinden. Hugo Grotius hat den berühmten Satz des «aut dedere aut punire» aufgestellt [1]). Das will nach Grotius heissen: Wenn ein auswärtiger Verbrecher in einem andern Staatsgebiete auftaucht, so hat der Zufluchtsstaat die alternative *Pflicht,* entweder den Verbrecher an den Begehungsstaat *auszuliefern* oder ihn mangels einer Auslieferung *selbst zu bestrafen.* Grotius ist der Ansicht, dass sich der Zufluchtsstaat der *Begünstigung* des Verbrechers schuldig mache, wenn er nicht in der einen oder andern der beiden erwähnten Weisen zur Bestrafung Hand biete; und diese Begünstigung gebe eine justa causa belli ab. Unter dem «punire» versteht nun aber Grotius nicht ein Einschreiten kraft eigenen Strafanspruches im Sinne des Universalitätssystems, sondern vielmehr gerade das *stellvertretende Strafrecht.* Es ergibt sich dies einmal daraus, dass das «punire» nur dann stattfinden soll, wenn es nicht zu einer Auslieferung kommt (beim reinen Universalitätsprinzip bedarf es einer Auslieferung überhaupt nicht),

---

[1]) Das Werk des berühmten Naturrechtlers betitelt sich «De jure belli et pacis». Das Werk liegt mir in der französischen Übersetzung von Pradier (Paris 1867) vor. Der oben erwähnte Satz findet sich hier ausgesprochen in Band II, S. 491 ff.

sodann daraus, dass Hugo Grotius ausdrücklich bemerkt, dass auch das «punire» nur auf *Begehren* des Begehungsstaates Platz greife. Der Zufluchtsstaat soll nach Grotius, wie es in der mir vorliegenden Übersetzung von Pradier (l. c.) heisst, nur strafen, «*s'il en est requis*».

Trotzdem eine bahnbrechende Grösse wie Grotius das stellvertretende Strafrecht in den Vordergrund gerückt hatte, vermochte sich dieses System eigenartigerweise in der folgenden Zeit nicht weiter auszubilden. Als juristisch formuliertes System geriet es alsbald in Vergessenheit. Die Ursache hierzu ist wohl im Aufkommen des Universalitätssystems zu suchen, welches System naturgemäss das stellvertretende Strafrecht als überflüssig erscheinen lässt.

Neue Belebung konnte das stellvertretende Strafrecht erst erfahren, als sich in der Doktrin der Umschwung in Richtung des Territorialitätsprinzips durchsetzte. So knüpft diese Neubelebung des stellvertretenden Strafrechtes wohl in erster Linie an den Namen *Köstlins* an. Köstlin, der den Gedanken der Territorialität der Strafgewalt in den Vordergrund rückte, spricht von einer «Übernahme der Bestrafung *im Namen des berechtigten Staates*», wenn der Zufluchtsstaat einen eigenen Angehörigen nicht ausliefere (System des deutschen Strafrechts, S. 29). Diese Äusserung Köstlins ist eine typische Belegstelle für das stellvertretende Strafrecht, wenn auch Köstlin letztere Bezeichnung nicht ausdrücklich verwendet. Wer die Bezeichnung «stellvertretendes Strafrecht» erstmals aufgebracht hat, vermochte ich nicht zu ergründen; jedenfalls stammt dieser Ausdruck aus der Partikularrechtsperiode.

Mehr als spontane Erwähnung scheint übrigens dieses stellvertretende Strafrecht auch in der folgenden Zeit in der klassischen Doktrin des internationalen Strafrechts nicht erfahren zu haben. So bringt z. B. das bedeutende Werk von *v. Martitz* (Internationale Rechtshilfe in Strafsachen) kein System des stellvertretenden Strafrechts. v. Martitz verwendet nicht einmal den Ausdruck «stellvertretendes Strafrecht». Auch *Lammasch* (Auslieferungspflicht und Asylrecht), der wohl am meisten auch bei uns zitierte Autor auf dem Gebiete des Auslieferungsrechts, behandelt das stellvertretende Strafrecht nicht als solches. Er verwechselt das stellvertretende Strafrecht mit der aktiven

Personalität; überhaupt ist ihm das, was ich als stellvertretendes Strafrecht bezeichne, nichts anderes als die aktive Personalität, ein Irrtum, der sich bis in die heutige Zeit immer und immer wieder in der Doktrin geltend machte. *v. Bar* (Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892) befasst sich ebenfalls nicht mit dem stellvertretenden Strafrecht; auch bei *Meili* (Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts) finde ich den Ausdruck im angedeuteten Sinne nicht.

Aber auch in der *Gesetzgebung* wird das stellvertretende Strafrecht meist nicht in reiner Weise zur Darstellung gebracht (Ausnahmen werden uns später bekannt werden). Und wo es sich in der Gesetzgebung in mehr oder weniger deutlicher Weise erkennen lässt, hat sich seine Aufnahme, wie *Kohler* (l. c., S. 188) zutreffend ausführt, mehr nur in unbewusster Weise eingeschlichen. Typisch ist denn auch vielerorts in der Gesetzgebung die Verquickung des stellvertretenden Strafrechts mit der hergebrachten, juristisch aber ganz anders gearteten aktiven Personalität.

Auch in den *Auslieferungsverträgen* hat sich das stellvertretende Strafrecht nicht durchgängig ausgebildet. Die *Verpflichtung,* für einen andern Staat das stellvertretende Strafrecht auszuüben, ist ferner in Gemässheit der Konventionen erst jüngern Datums. Soweit eine Verpflichtung zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts in einzelnen Konventionen vorgesehen ist, geht diese Erscheinung zur Hauptsache von *Belgien* aus (*v. Martitz,* l. c., II, S. 624 ff.). Von einer allseits dergestalt stipulierten Verpflichtung ist aber, wie gesagt, keine Rede; manche Staaten verhalten sich, eine solche vertragliche Verpflichtung anlangend, dem Auslande gegenüber ablehnend.

So ist denn das wahre Wesen des stellvertretenden Strafrechts in der Doktrin wie in der Gesetzgebung bis in die heutigen Tage recht wenig erkannt worden. Und hätte nicht, wie erwähnt, *Kohler* diesem Gebiete neue Aufmerksamkeit geschenkt, so wäre wohl das stellvertretende Strafrecht auch in neuester Zeit kaum sobald der Gegenstand einer besondern Erörterung geworden.

Das stellvertretende Strafrecht wird meist in Zusammenhang gebracht mit der *Nicht-Auslieferung des Nationalen.* Es soll wirksam werden, wenn der Zufluchtsstaat den Täter wegen

seiner Inländereigenschaft nicht ausliefert. Nun hat aber beispielsweise *Kohler* (l. c., S. 197) darauf hingewiesen, dass das stellvertretende Strafrecht auch dann zur Anwendung kommen sollte, wenn sich einer Auslieferung in concreto gewisse *äussere Hindernisse* entgegenstellen. Dieser Gedanke gelangt, wie wir noch sehen werden, auch in vereinzelten *Auslieferungsverträgen der Schweiz* zum Durchbruch. Und dieser Gedanke ist richtig. Nehmen wir an, der Begehungsstaat liege jenseits des Ozeans und die Kosten einer Auslieferung und die mit einer allfälligen Auslieferung verbundenen Umständlichkeiten würden im Hinblick auf die Schwere des begangenen Delikts zu gross sein. Oder nehmen wir an, die Auslieferung an den Begehungsstaat könne nicht auf direktem Wege erfolgen, sondern der Auszuliefernde müsste noch andere Staatsgebiete passieren, um an seinen Bestimmungsort zu gelangen, und die dazwischen liegenden Staaten befänden sich mit dem Begehungsstaat im Kriegszustand und würden die Durchlieferung nicht gestatten. Für solche und ähnliche Fälle bedarf es eines subsidiären Mittels, um den Verbrecher der verdienten Strafe entgegenzuführen, und dieses subsidiäre Mittel ist richtigerweise wieder im stellvertretenden Strafrecht zu suchen, so dass sich das künftige Recht eingehender auch dieser Sachlage anpassen sollte. Dergestalt gelangen wir zu einer weitergehenden Fassung des stellvertretenden Strafrechts. Und in diesem weitern Sinne definiere ich nunmehr das stellvertretende Strafrecht in dieser Weise:

Stellvertretendes Strafrecht liegt vor, wenn ein Staat, der nicht Träger des jus puniendi ist, für einen andern Staat, dem an der Tat ein jus puniendi zusteht, auf dessen Begehren hin den Täter zu strafrechtlicher Verantwortlichkeit zieht, weil in concreto ein Hindernis der Auslieferung besteht.

Dieses stellvertretende Strafrecht muss der Regel nach auch dann vor sich gehen, wenn der Täter im Begehungsstaat schon *abgeurteilt* worden ist, sofern er die ihm dort zudiktierte Strafe noch nicht oder noch nicht vollständig erstanden hat. Dass auch in *diesem* Falle das stellvertretende Strafrecht von Bedeutung ist, ergibt sich aus der Tatsache, dass die Staaten regelmässig fremde Strafurteile *nicht direkt vollstrecken.* Und das stellvertretende Strafrecht muss auch in einem *solchen* Falle prinzipiell so gehandhabt werden, dass der ersuchte Zufluchts-

staat einem allfälligen seinerseitigen Urteile vorangehend, *das ganze Verfahren ab ovo wiederholt;* denn nur auf diese Weise kann er richtig prüfen, ob der Beschuldigte wirklich straffällig ist und ob nicht etwa der ersuchte Staat sich zum Schergen einer willkürlichen fremdländischen Verurteilung macht. Es kann also hinsichtlich des stellvertretenden Strafrechtsganges keinen Unterschied machen, ob das verfolgte Individuum im ersuchenden Staate noch gar nicht in Untersuchung gezogen, oder ob es dort zwar in Untersuchung gezogen und während der Untersuchung flüchtig gegangen ist, oder ob es sich nach ausgesprochener Strafe derselben entzogen hat.

II. Die Quellen des stellvertretenden Strafrechts.

Das stellvertretende Strafrecht findet sich vielfach in den heutigen *Strafgesetzbüchern* angetönt. Freilich sind die bezüglichen Bestimmungen nur ganz rudimentärer Art. Und oft genug hält es äusserst schwer, aus diesen Bestimmungen den Gedanken eines stellvertretenden Strafrechts überhaupt zu erkennen. Denn häufig begegnet man in diesen Quellenstellen einer ganz ungeschickten Verquickung des stellvertretenden Strafrechts mit Gedanken der überkommenen, ganz anders gearteten *aktiven Personalität.* Diese Verquickung und Verwechslung ist vielfach um so drastischer ausgefallen, als in den heutigen Gesetzen die aktive Personalität ihrerseits regelmässig nicht mehr prinzipal und reinlich durchgeführt erscheint, sondern zu einem mehr oder weniger *subsidiären* Behelfe herabgedrückt worden ist, wie gerade auch das stellvertretende Strafrecht naturgemäss den Gedanken eines subsidiären Gebildes (Ersatz für eine konkrete Nicht-Auslieferung) widerspiegelt. So enthält beispielsweise der § 4, No. 3, des *Reichsstrafgesetzbuches,* der in der Praxis zur Auslegung auch des stellvertretenden Strafrechts herangezogen wird, ein Gemisch von Gedanken des stellvertretenden Strafrechts und der aktiven Personalität. Und ähnlich verhält es sich mit Art. 5 des *französischen Code d'instruction.* Wenn auch *Saint-Aubin* (l'extradition et le droit extraditionnel, Paris 1913, S. 306) diesem aus verschiedenen zeitlich auseinanderliegenden Bruchstücken bestehenden Artikel eine Auslegung gibt, wie sie etwa dem stellvertretenden Strafrecht

entspricht, so ist doch zu sagen, dass dieser Artikel in Wahrheit eine *Mischbestimmung* von Gedanken des stellvertretenden Strafrechts *und* der alten aktiven Personalität enthält. Freilich gibt in der Praxis dieser Artikel 5 gerade das Fundament für das stellvertretende Strafrecht ab.

In der *Schweiz* findet sich ein rudimentär ausgebildetes stellvertretendes Strafrecht zunächst ebenfalls in den kantonalen *Strafgesetzen* (gelegentlich auch in den Strafprozessordnungen) vor. Dabei lassen sich *zwei* Gruppen von Gesetzen unterscheiden. Die einen dieser Gesetze verquicken das stellvertretende Strafrecht mit einer verkümmerten aktiven Personalität, bzw. ihr «stellvertretendes Strafrecht» ist nichts anderes als ein *subsidiäres aktives Personalitätsprinzip* (so etwa *Basel,* § 2 ff., *Schaffhausen,* § 3 ff.). In den andern Kantonen begegnet man einem *reinen stellvertretenden Strafrecht,* wenn auch die bezüglichen Bestimmungen inhaltlich äusserst dürftig gehalten sind. Dieses *reine* stellvertretende Strafrecht treffen wir etwa an in *Schwyz* (Kriminalstrafgesetz, § 2), *Solothurn* (StGB § 4, No. 3), *Glarus* (StGB § 2, lit. c) und in *Zürich* (StGB § 3, lit. c).

Der § 3, lit. c des *zürcherischen Strafgesetzbuches* lautet: «Nach diesem Gesetze werden beurteilt:

c) andere Verbrechen und Vergehen, welche ausserhalb des Kantons von Angehörigen desselben begangen worden sind, sofern die zuständige auswärtige Behörde im Falle der Nicht-Auslieferung die hierseitige Beurteilung verlangt.»

Dieser Bestimmung ist deutlich und klar zu entnehmen, dass eine Bestrafung im Kanton Zürich nur erfolgt, wenn es zufolge des Angehörigkeitsverhältnisses des Täters *nicht zur Auslieferung* kommt und wenn *zudem* der auswärtige jus puniendi-Träger ein *Begehren* um Strafübernahme stellt. Gerade dieses letztere Erfordernis weist auf das *stellvertretende* Strafrecht hin. Denn beim aktiven Personalitätsprinzip, sei es prinzipal oder nur subsidiär gedacht, schreitet der Zufluchtsstaat eben *von Amtes wegen* ein, da er ja einen *eigenen* Strafanspruch an der Auslandstat des Inländers besitzt. Mit der aktiven Personalität hat also der § 3, lit. c des zürcherischen Strafgesetzes nichts, aber auch gar nichts zu schaffen.

Im übrigen ist zu der Schweiz zu sagen, dass sich auch der *Bund* mit der Materie des stellvertretenden Strafrechts befasst hat. Es ist dies zunächst in zwei *Gesetzen* geschehen: einmal im Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten von 1852 (Art. 1, Abs. 2) [1]; sodann im *Bundesgesetz betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande von 1892* (Art. 2). Da ich mich auf die Darstellung des stellvertretenden Strafrechts im *internationalen* Verkehr beschränke und die eben zitierte Bestimmung hier von weittragender Bedeutung ist, lasse ich sie im Wortlaut folgen. Der Art. 2 des schweizerischen Auslandsauslieferungsgesetzes (von nun an nur mehr als « Auslieferungsgesetz » bezeichnet) lautet:

Art. 2. « Kein Schweizerbürger darf an einen fremden Staat ausgeliefert werden.

Wird ein in der Schweiz befindlicher Schweizerbürger von einem auswärtigen Staate wegen einer im Staatsvertrage oder in einer Gegenrechtserklärung vorgesehenen strafbaren Handlung verfolgt, so erteilt der Bundesrat dem verfolgenden Staat auf dessen Ersuchen oder bei der Ablehnung des Auslieferungsbegehrens die Zusicherung, dass der Verfolgte in der Schweiz nach dem im Gebiete des zuständigen Gerichtes geltenden Recht beurteilt und gegebenenfalls bestraft werden wird. Diese Zusicherung wird jedoch nur gegeben, sofern der ersuchende Staat erklärt, dass der Schweizerbürger nach Verbüssung der in der Schweiz gegen ihn verhängten Strafe auf seinem Gebiete nicht nochmals wegen desselben Verbrechens verfolgt und auch ein von seinen Gerichten gegen ihn ausgefälltes Strafurteil nicht vollzogen werden wird.

Wird diese Zusicherung erteilt, so ist der Niederlassungskanton und, wenn der Verfolgte in der Schweiz keine Niederlassung hat, der Heimatkanton verpflichtet, gegen denselben vorzugehen, wie wenn die strafbare Handlung im Gebiet des Kantons begangen worden wäre. »

Der *Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch* von 1918 enthält ebenfalls Bestimmungen über das stellvertretende

[1] Dieses Gesetz regelt die *interkantonale* Auslieferung. Art. 1, Abs. 2 dieses Gesetzes denkt also an das stellvertretende Strafrecht von Kanton zu Kanton. Auf dieses interkantonale Recht wird in vorliegender Abhandlung aber nicht weiter eingetreten.

Strafrecht (Art. 3, Abs. 3 ff.; Art. 6). Ich werde mich aber mit diesen Bestimmungen nicht befassen, da die vorliegende Abhandlung der Auslegung des *geltenden* Rechts gewidmet ist.

Das stellvertretende Strafrecht der Schweiz hat aber noch andern Orts Behandlung erfahren. Eine Reihe von *Auslieferungsverträgen,* die der Bund mit ausländischen Staaten abgeschlossen hat, hat sich ebenfalls der Materie des stellvertretenden Strafrechts angenommen. Es sind dies die Verträge mit:

Argentinien (1906, Art. 9),
Grossbritannien (1880, Art. 1),
Monaco (1885, Art. 10),
Paraguay (1906, Art. 10),
Russland (1873, Art. 2),
Salvador (1883, Art. 10),
Serbien (1887, Art. 10),
Spanien (1883, Art. 9).

Eigenartig ist der Inhalt der zitierten Bestimmung des Vertrages mit *Grossbritannien.* Darnach kann Grossbritannien an die Schweiz auch englische Untertanen ausliefern; die Schweiz aber liefert an Grossbritannien keine Schweizer aus, verpflichtet sich dafür aber zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts (Art. 1). Man wird nicht fehlgehen, wenn man diese Regelung mit dem früher erwähnten Fall Wilson in Zusammenhang bringt. England würde also nunmehr im Gegensatz zu der im Jahre 1877 geübten Praxis einen strafrechtlich verfolgten Engländer an die Schweiz *ausliefern,* während es von der Ausübung des stellvertretenden Strafrechts nach wie vor absieht.

Zufolge des Bestehens *verschiedener* Quellen des stellvertretenden Strafrechts im *schweizerischen Recht* (kantonales Recht, Auslieferungsgesetz, Auslieferungsverträge) ergeben sich in der Praxis für die Schweiz manche Schwierigkeiten. Einmal erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnisse die zitierten *Vertrags*bestimmungen zu Art. 2 des Auslieferungs*gesetzes* stehen; sodann die weitere, ob und in welchem Umfange hinsichtlich des stellvertretenden Strafrechtes gegenüber dem Auslande noch die *kantonale* Gesetzgebung mitreden darf. Letztere Frage muss in jüngster Zeit gerade dadurch wieder an Interesse gewonnen haben, als die neue *zürcherische Strafprozessordnung*

von 1919 zwei Bestimmungen über das stellvertretende Strafrecht gegenüber dem Ausland aufgestellt hat (§ 479, Abs. 2 und § 481).

Diesen Fragen ist nunmehr näher zu treten, wie wir uns denn überhaupt im folgenden zur Hauptsache an unsere *schweizerischen* Verhältnisse anlehnen wollen.

1. Das Verhältnis der Vertragsbestimmungen über das stellvertretende Strafrecht zu Art. 2 des Auslieferungsgesetzes.

Hat sich der Bund in einem *Vertrage* einem ausländischen Staat gegenüber zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts verpflichtet, so kommt diesem Staat gegenüber der *Vertragsinhalt* und nicht Art. 2 des Auslieferungsgesetzes zur Anwendung. Denn staatsvertraglich gesetztes Recht geht dem nationalen Recht vor, ein Satz, der im Auslieferungsrecht in der Schweiz in Doktrin und Praxis (Bundesgericht!) stets anerkannt worden ist und deshalb auf dem Gebiete des stellvertretenden Strafrechts (dem Pendant der Auslieferung) nicht noch besonders bewiesen werden muss. Art. 2 des Auslieferungsgesetzes kann in einem solchen Falle höchstens noch *interne* Bedeutung beanspruchen, indem aus Art. 2, Abs. 3 Auslieferungsgesetz geschlossen werden kann, welcher *Kanton* in concreto für die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts *zuständig* ist. Die *materielle* Auslegung des stellvertretenden Strafrechts erfolgt aber in einem solchen Falle auf Grundlage des *Vertrages* (d. h. *seines* Wortlautes, und mangels klaren Wortlautes *seiner* Willensmeinung).

Besitzt der betreffende ausländische Staat mit der Schweiz *keinen Auslieferungsvertrag,* oder besitzt er zwar einen solchen Vertrag, ist aber in diesem Vertrage das stellvertretende Strafrecht *nicht erwähnt,* so besteht für die Schweiz *keine Rechtspflicht,* dem betreffenden Staat gegenüber das stellvertretende Strafrecht zu gewähren. Denn das stellvertretende Strafrecht ist nur das Gegenstück zur Auslieferung; wie also bei Fehlen einer Vertragsbestimmung der auswärtige Staat von der Schweiz keine Auslieferung beanspruchen kann, hat er auch in einem solchen Falle kein subjektives Recht auf Gewährung des stellvertretenden Strafrechts. Ein allgemein anerkannter völker-

rechtlicher Gewohnheitssatz, der die *Pflicht* zur Strafverfolgungsübernahme über einen allfälligen Vertragsinhalt hinaus statuieren würde, existiert, wie das *Bundesgericht* in Sachen Gerber (B. E. 22, S. 955 ff.) mit Recht ausgeführt hat, nicht. In einem solchen Falle steht es also durchaus im *freien Ermessen* des ersuchten Staates, ob er das stellvertretende Strafrecht zur Anwendung gelangen lässt oder nicht. Lässt er es zur Anwendung gelangen, so wird er sich hierbei auf seine eigene (nationale) Gesetzgebung stützen; dies wenigstens insofern, als er die Strafverfolgungsübernahme verweigern wird, wenn in concreto die nationale Gesetzgebung die Übernahme nicht zulässt. Nun aber besteht für die Schweiz gerade kraft ihres *nationalen* Rechtes die *Möglichkeit,* auch Nichtvertragsstaaten gegenüber das stellvertretende Strafrecht zu gewähren. Diese Möglichkeit ergibt sich — von der kantonalen Gesetzgebung abgesehen — aus Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 des *Auslieferungsgesetzes.* Art. 2 des Auslieferungsgesetzes verfolgt die Tendenz, das stellvertretende Strafrecht solchen Staaten zu gewähren, mit denen dieser Gegenstand *vertraglich nicht vereinbart ist.* Nur darf dabei nicht vergessen werden, dass der betreffende ausländische Staat aus Art. 2 Auslieferungsgesetz (einer *nationalen* Bestimmung) kein subjektives *Recht* auf Ausübung des stellvertretenden Strafrechts durch die Schweiz ableiten kann. Art. 2 des Auslieferungsgesetzes gibt dem Bundesrat (bzw. heute dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement) lediglich die *Ermächtigung,* unter den Voraussetzungen des Art. 2 mit dem betreffenden Nichtvertragsstaate über das stellvertretende Strafrecht zu *verhandeln,* und diesem Staat, wenn es in concreto zu einer Einigung kommt, das stellvertretende Strafrecht auch zu *gewähren.* Derartige Gewährungen auf Grund des Art. 2 sind denn auch in der Praxis sehr häufig. Dabei erfolgen diese Gewährungen seitens der Bundesbehörde prinzipiell nicht auf Grund allgemeiner Erklärungen gegenüber dem ausländischen Nichtvertragsstaat, sondern es entscheidet der Bundesrat (bzw. heute das Departement) hierüber lediglich im *konkreten Falle,* d. h. aus Anlass eines konkreten Auslieferungsfalles. Dabei wird in praxi die Verfolgungsübernahme regelmässig nur dann zugesichert, wenn der fremde Staat sich zur Zusicherung des *Gegenrechts* verstehen kann.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich also, dass der Art. 2 des Auslieferungsgesetzes dann international-rechtlich zur Anwendung gelangt, wenn der betreffende ausländische Staat nicht kraft Vertrags die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts beanspruchen kann.

Bedeutende Schwierigkeiten haben sich hinsichtlich der Gewährung des stellvertretenden Strafrechts gegenüber *Deutschland* ergeben. Der Fall ist praktisch so bedeutsam, dass er an dieser Stelle eingehenderer Erörterung bedarf. *Art. 2, Abs. 2 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrags* von 1874 bestimmt im Zusammenhang mit der Nichtauslieferung der Nationalen (Art. 2, Abs. 1) folgendes:

« Wenn nach den Gesetzen desjenigen Staates, welchem der Beschuldigte angehört, Anlass vorhanden sein sollte, ihn wegen der in Frage stehenden Handlung zu verfolgen, so soll der andere Staat die Erhebungen und Schriftstücke, die zur Feststellung des Tatbestandes dienenden Gegenstände und jede andere für das Strafverfahren erforderliche Urkunde oder Aufklärung mitteilen » [1].

Aus dem Dasein des zitierten Artikels des Vertrags mit Deutschland hat man etwa auf eine gegenseitige *Verpflichtung* zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts geschlossen [2]. Besonders hatte der schweizerische *Bundesrat*, wie wir noch sehen werden, diesen Standpunkt öfters vertreten. Die *Kantone* hinwiederum waren gelegentlich anderer Ansicht, und das *Bundesgericht* hat, wie ebenfalls noch gezeigt wird, der Auffassung des Bundesrates nicht zugestimmt. Und seitens des Chefs der schweizerischen Polizeiabteilung, Herrn Prof. *Delaquis*, dem ich auf diesem Gebiete wertvolle Aufschlüsse zu verdanken habe, wird mir mitgeteilt, dass im Jahre 1911 auch die *deutsche Regierung* erklärt habe, dass sich Art. 2, Abs. 2 des Vertrags nur auf die *Aktenmitteilung* beziehe, sofern in concreto ein stellvertretendes Strafrecht vor sich gehe, dass der erwähnte Artikel aber *nicht* die *Pflicht* zur Verfolgungsübernahme regle.

Die Auslegung des Art. 2, Abs. 2 des Vertrags mit Deutschland war schon vor dem Inkrafttreten des Auslieferungsgesetzes

[1]) Ähnlich lautet Art. 5, Abs. 2 des schweizerisch-*italienischen* Auslieferungsvertrags von 1868.

[2]) *Grosch*, Das deutsche Auslieferungsrecht, 1902, S. 84 ff.

fraglich gewesen. Zu verweisen ist in dieser Hinsicht auf den Fall *Voillat* [1]). Der schweizerische Bundesrat nahm im Falle Voillat an, dass Art. 2, Abs. 2 des deutschen Vertrags eine *Pflicht* zur Strafverfolgungsübernahme vorsehe. Es ergebe sich dies besonders aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels. Der Kanton *Bern* aber teilte diese Auffassung nicht. In Bern wurde der Standpunkt vertreten, eine derartige Verpflichtung ergebe sich aus der zitierten Vertragsbestimmung nicht; es stehe also im Belieben des *Kantons*, ob er für Deutschland das stellvertretende Strafrecht ausüben wolle; nun besitze aber der Kanton Bern nach Massgabe seiner Gesetzgebung nicht die Möglichkeit, dem Gesuch der deutschen Regierung zu entsprechen, weshalb man in Bern auf den Fall nicht eintreten könne. Der Bundesrat aber beharrte bei seiner Auffassung, und Bern gab schliesslich nach, ohne sich aber rechtlich überzeugt zu halten.

Nach Inkrafttreten des schweizerischen Auslieferungsgesetzes gestaltete sich Deutschland gegenüber die Sache noch schwieriger. Nach Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes darf der Bundesrat einem Nichtvertragsstaat gegenüber die Zusicherung zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts nur dann erteilen, wenn der ersuchende Staat erklärt, dass der Schweizerbürger nach Verbüssung der in der Schweiz gegen ihn verhängten Strafe im ersuchenden Staat nicht nochmals wegen desselben Verbrechens verfolgt und auch ein von den Gerichten des ersuchenden Staates gegen den Täter bereits ausgefälltes Strafurteil nicht vollzogen werden wird (sogenannte *ne bis in idem-Erklärung)*. Nun machte Deutschland von jeher Schwierigkeit, diese ne bis in idem-Erklärung abzugeben *(Welti,* l. c., S. 39; *Schwarzenbach,* l. c., S. 202). Deutschland glaubte, massgeblich seiner nationalen Strafgesetzgebung, eine solche Erklärung dem Ausland gegenüber nicht abgeben zu dürfen [2]).

---

[1]) Vergleiche hierzu: *Welti,* Auslieferungswesen und Auslieferungsverkehr zwischen der Schweiz und Deutschland, 1904, S. 39 ff.; *Schwarzenbach,* Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz, 1901, S. 199 ff. *Bundesblatt* 1883, II, 897 ff.; III, 128.

[2]) In Deutschland existiert freilich eine « allgemeine Verfügung » vom 2. November 1897, die von der Verfolgungsübernahme handelt (vgl. hierzu

Der schweizerische Bundesrat stiess sich aber an dieser Auffassung der deutschen Behörden nicht weiter, da er nach wie vor die Ansicht vertrat, die Pflicht zum stellvertretenden Strafrecht ergebe sich Deutschland gegenüber schon aus Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungs*vertrages,* so dass also Art. 2 des Auslieferungs*gesetzes* mit seiner ne bis in idem-Erklärung gar nicht zur Anwendung komme. Diese Auffassung des Bundesrates hat aber im Jahre 1896 einen harten Schlag erfahren. Es handelte sich hier um den schon erwähnten Fall *Gerber* (B. E. 22, S. 942 ff.):

Deutschland ersuchte den schweizerischen Bundesrat um Übernahme der Strafverfolgung des bernischen Kantonsangehörigen Gerber, der im Elsass einen Diebstahl begangen hatte. Eine ne bis in idem-Erklärung wollte Deutschland nicht abgeben. Der Bundesrat wies den Kanton Bern an, den Gerber in Untersuchung zu ziehen. Die bernische Anklagekammer weigerte sich aber, darauf einzutreten, weil Deutschland nicht die ne bis in idem-Erklärung gemäss Art. 2 des Auslieferungsgesetzes abgegeben habe. Die bernische Anklagekammer vertrat also den Standpunkt, dass sich die Pflicht zum stellvertretenden Strafrecht nicht aus Art. 2, Abs. 2 des Vertrages ergebe, sondern dass Deutschland gegenüber Art. 2 des Auslieferungsgesetzes zur Anwendung kommen müsse. Der Bundesrat zog den Fall vor das *Bundesgericht.* Der Bundesrat vertrat dabei neuerdings den Standpunkt, dass die Pflicht zur Strafverfolgungsübernahme gegenüber Deutschland sich schon aus dem *Vertrage* ergebe und dass der Vertrag (Art. 2, Abs. 2) die ne bis in idem-Erklärung nicht erwähne. Das *Bundesgericht* war jedoch anderer Ansicht. Aus der zitierten Vertragsbestimmung gehe eine Pflicht zur Verfolgungsübernahme gegenüber Deutschland nicht hervor (S. 951 ff.). Die gegenteilige Auffassung des Bundesrates sei auch oft auf den Widerstand der Kantone gestossen. Der Bundesrat könne in concreto dem Kanton Bern keine Weisung erteilen, weil Deutschland die ne bis in idem-Erklärung nicht abgegeben habe und weil auch ein allgemein

---

Schildmacher, Das Auslieferungsverfahren in Strafsachen, 1911, S. 12). In dieser Verfügung wird aber nur gesagt, dass bei Strafverfolgungsübernahmegesuchen der diplomatische Weg einzuhalten sei. Diese Verfügung beschlägt also lediglich ein Stück *Verfahren* und regelt die materiellen Erfordernisse des stellvertretenden Strafrechts in keiner Weise.

anerkannter völkerrechtlicher Gewohnheitssatz, der die Pflicht zur Verfolgungsübernahme statuiere, nicht bestehe (S. 955 ff.). So hatte also letzten Endes der Kanton Bern obgesiegt, wie sich denn auch andere Kantone weigerten, für Deutschland, das eben die ne bis in idem-Erklärung nicht abgeben wollte, das stellvertretende Strafrecht auszuüben.

Infolge dieser ablehnenden Haltung des Bundesgerichts und der Kantone schritt nun die deutsche Regierung zu Repressalien: Wann ein Schweizerkanton durch die Bundesbehörde beim Deutschen Reich ein Gesuch um Strafverfolgungsübernahme stellte, hiess es jetzt deutscherseits einfach, seitens der Schweiz sei die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. Deutschland verlangte also nunmehr, wann seitens der Schweiz bei Deutschland ein Gesuch um Verfolgungsübernahme einging, dass der betreffende *Kanton* vorerst eine Gegenseitigkeitszusicherung mache (Bundesblatt 1900, I, S. 838 ff.; *Langhard,* Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1910, S. 86 ff.). Damit wälzte, wenn ich so sagen darf, *Deutschland* selbst einen Teil der Materie des stellvertretenden Strafrechts vom Bund auf die *Kantone* ab. Dies blieb auch dem Bundesrat nicht verschlossen, und, um einen geordneten Zustand herbeizuführen, machte der Bundesrat folgendes: er richtete im Jahre 1899 an die *Kantonsregierungen* die Anfrage, ob es ihnen nach der *kantonalen* Gesetzgebung möglich sei, Deutschland gegenüber eine Gegenrechtszusicherung im gedachten Sinne für alle im schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag vorgesehenen Verbrechen und Vergehen zu geben, ohne auf die Erklärung des ne bis in idem Anspruch zu erheben (Bundesblatt 1900, I, S. 838 ff.).

Auf diese Anfrage hin gingen von fast allen Kantonen bejahende Antworten ein. Nur die Kantone Bern, Luzern, Solothurn und Genf machten gewisse Vorbehalte (*Langhard,* l. c., S. 87). Der Bundesrat aber gab sich mit dieser Antwort der Kantone zufrieden *und er erklärte nun,* wie mir der Chef der schweizerischen Polizeiabteilung freundlichst mitteilt, *der deutschen Regierung gegenüber den Verzicht auf das ne bis in idem und sicherte ihr zu, dass trotzdem von der ganzen Schweiz Gegenrecht im Strafübernahmeverkehr beobachtet werde.* Diese *Verzichterklärung vom Jahre 1899* ist heute noch in der Praxis Deutschland gegenüber massgebend; auf dieser Erklärung fusst

heute die Gewährung des stellvertretenden Strafrechts gegenüber Deutschland. Und auf Grund dieser Erklärung zwingt heute der Bund die Kantone zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts gegenüber Deutschland [1]).

Es erhebt sich die Frage, ob der Bundesrat zu dieser *Verzichterklärung* ermächtigt war, wo doch Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes ausdrücklich bestimmt, dass der Bundesrat die Zusicherung zur Verfolgungsübernahme nur erteilen dürfe, wenn der fremde Staat die ne bis in idem-Erklärung abgebe. Ich muss diese Frage verneinen. Dass der *Vertrag* mit Deutschland (Art. 2, Abs. 2) keine Verpflichtung zur Verfolgungsübernahme enthält, scheint mir ohne weiteres klar zu sein. Diese Vertragsbestimmung redet nur von einer *Aktenmitteilung*, und dies auch nur insofern, als « nach den *Gesetzen* desjenigen Staates, welchem der Beschuldigte angehört, *Anlass* vorhanden sein sollte, ihn wegen der in Frage stehenden Handlung zu verfolgen ». Der Vertrag verweist also die Frage, *ob* das stellvertretende Strafrecht vor sich gehen soll, in die *nationale Gesetzgebung* der Kontrahenten und sagt lediglich: *wenn* (eben nach Massgabe der nationalen Gesetzgebung) ein solches stellvertretendes Strafrecht vor sich geht, so soll der Begehungsstaat dem strafenden Staat durch Aktenmitteilung und dergleichen behülflich sein. Wenn also die Bundesbehörde Deutschland gegenüber das stellvertretende Strafrecht zusichern will, so muss sie sich dabei an Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungs*gesetzes* halten; Art. 2, Abs. 2 Auslieferungsgesetz macht es aber der Bundesbehörde zur *Pflicht, vom Erfordernis des ne bis in idem nicht abzugehen*. Nur bei Erhalt dieser ne bis in idem-Erklärung kann die Bundesbehörde den Kanton zwingen, die Strafverfolgung für Deutschland zu übernehmen; dies ergibt sich ganz deutlich aus Art. 2, *Abs. 3* in Verbindung mit Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes. Das erwähnte bundesgerichtliche Urteil in Sachen Gerber hat also juristisch das

---

[1]) Eine Opposition hiergegen seitens des Kantons Bern ist kaum mehr zu befürchten, da die früher erwähnten Schwierigkeiten, die in der bernischen Gesetzgebung wurzelten, heute durch das im Jahre 1914 in Bern ergangene Gesetz betreffend den örtlichen Geltungsbereich des StGB behoben sind.

Richtige getroffen [1]). Vom rein *praktischen* Standpunkt aus betrachtet, wird man aber der vom Bundesrat getroffenen Lösung kaum opponieren, wenn auch, wie gesagt, diese Lösung sich heute rechtlich kaum halten lässt. Man sollte trachten, den ohnehin etwas schadhaften Auslieferungsvertrag mit Deutschland im Sinne einer zweckdienlichen Regelung auch des stellvertretenden Strafrechts zu revidieren.

2. Die Bedeutung der kantonalen Gesetzgebung im internationalen stellvertretenden Strafrecht.

Es erhebt sich die nicht ganz einfach zu lösende Frage, ob auf dem Gebiete des internationalen stellvertretenden Strafrechts auch heute noch die *kantonale* Gesetzgebung mitreden darf. Ich habe schon wiederholt ausgeführt, dass das stellvertretende Strafrecht als Gegen- und Ergänzungsstück der *Auslieferung* anzusehen ist. Nun ist die Materie des *Auslieferungs*rechtes im internationalen Verkehr heute der kantonalen Hoheit durchaus entzogen. Ist aber das stellvertretende Strafrecht nur das Gegen- und Ergänzungsstück der Auslieferung, so könnte man aus diesem Argumente den Schluss ziehen, dass auch auf dem Gebiete des *stellvertretenden Strafrechts* die kantonale Gesetzgebung zu schweigen habe. Gewiss fällt, wie wir später noch sehen werden, die kantonale Gesetzgebung heute noch insoweit in Betracht, als, *sofern* es zu einem Übernahmeverfahren kommt, zurzeit zur Hauptsache noch der *Kanton* bestimmt, *wie* der Täter *materiell* zu strafen ist, ob die Tat nach dem Recht des Zufluchtsstaates nicht *verjährt* ist usw. Bezüglich der rein *international-rechtlichen Vorfrage* aber, ob dem betreffenden ausländischen Staate gegenüber überhaupt das stellvertretende Strafrecht zu gewähren sei, wäre man, wie gesagt, leicht geneigt, zu erklären, dass hier nur mehr

---

[1]) Das *Bundesstrafgericht* hat am 11./13. November 1918 (in Sachen *Zahnd* und Konsorten) anders entschieden. Das Gericht erklärt: Das in der Schweiz erkennende Gericht habe nicht zu entscheiden, ob der Bundesrat (bzw. das Departement) zum Verzicht auf das ne bis in idem gegenüber Deutschland ermächtigt sei; habe diese Amtsstelle die Erklärung zur Übernahme abgegeben, so hätten sich kantonales wie Bundesstrafgericht einfach daran zu halten.

der *Bund* und nicht mehr der Kanton zu sprechen habe. Diese Ansicht findet sich beispielsweise ganz unzweideutig bei *Schwarzenbach* (l. c., S. 200) ausgesprochen, wenn dieser Autor ausführt: «Die Materie (sc. des stellvertretenden Strafrechts) ist also fortan als durch den Bund geregelt zu erachten und den Hoheitsrechten der Kantone entzogen».

Es liegt auf der Hand, dass, wenn sich der *Bund* einem ausländischen Staat gegenüber durch *Vertrag* zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts verpflichtet hat, der Kanton einfach die Verfolgung zu übernehmen hat, sofern die vertraglich festgesetzten Bedingungen für die Gewährung des stellvertretenden Strafrechts erfüllt sind. In einem solchen Falle hat also das kantonale Kollisionsrecht hinsichtlich der Frage, ob das stellvertretende Strafrecht zu gewähren sei, durchaus zu schweigen. Und ganz gleich verhält es sich, wenn einem Staat, mit dem das stellvertretende Strafrecht *vertraglich nicht geordnet* ist, seitens der Bundesbehörde die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts zugesichert wird, weil es sich in concreto um ein Auslieferungsdelikt handelt und der ersuchende Staat zudem die ne bis in idem-Erklärung im Sinne von Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes abgibt. Auch in diesem Falle hat der Kanton in Gemässheit von Art. 2, Abs. 3 des Auslieferungsgesetzes einfach die Verfolgung zu übernehmen und er kann nicht sagen, seine eigenen international-strafrechtlichen Normen würden die Übernahme nicht gestatten.

Nun aber sind vor allem folgende Fälle denkbar:

a) Ein Staat, mit dem der Bund das stellvertretende Strafrecht *vertraglich* geordnet hat, ersucht die Schweiz um Ausübung des stellvertretenden Strafrechts für ein Vergehen, das weder im Vertrag noch in einer Gegenrechtserklärung enthalten ist. Auch in der Enumerationstabelle des Auslieferungsgesetzes (Art. 3) sei dieses Delikt nicht erwähnt. In diesem Falle kann die Bundesbehörde dem fremden Staat die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts nicht zusichern.

b) Ein Staat, mit dem das stellvertretende Strafrecht *vertraglich nicht geregelt* ist, ersucht die Bundesbehörde um Gewährung des stellvertretenden Strafrechts für ein Delikt, das nicht als Auslieferungsdelikt anzusehen ist. Ganz gleich, wie sub *a*, kann der Bund auch hier keine Zusicherungen machen.

c) Der Nichtvertragsstaat [1]) will die ***ne bis in idem-Erklärung*** gemäss Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes nicht abgeben. In diesem Falle darf die Bundesbehörde dem fremden Staat die Gewährung des stellvertretenden Strafrechts von sich aus auch nicht zusichern (Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes).

Und für diese Fälle *a* bis *c*, die sich möglicherweise in praxi noch um einige weitere vermehren können, steht es nun meines Erachtens im *freien Ermessen des Kantons*, ob das stellvertretende Strafrecht vor sich gehen soll oder nicht. Ein für den Kanton von Bundes wegen ausdrücklich aufgestelltes *Verbot*, in solchen Fällen das stellvertretende Strafrecht zu gewähren, ergibt sich aus den Bundesquellen nicht. Nun wird man mir freilich einwenden, dieses Verbot ergebe sich per analogiam der *Auslieferung*, indem die Auslieferung reine *Bundesmaterie* sei und das stellvertretende Strafrecht ja nur das Gegen- und Ergänzungsstück der Auslieferung bedeute. Dieser Einwendung muss ich mit einem *historischen* Argumente begegnen. Das stellvertretende Strafrecht hat sich, wie ich früher ausführte, in vielen Kantonen überhaupt nicht in reiner Weise entwickelt, sondern die Kantonalgesetze verquicken vielfach, wie ja auch manche Auslandsgesetze, das stellvertretende Strafrecht mit der hergebrachten *aktiven Personalität*, bzw. in manchen Kantonen ist das « stellvertretende Strafrecht » überhaupt nichts anderes, als ein subsidiäres aktives Personalitätsprinzip. Die internationalen Bestimmungen der Kantone über die räumliche Abgrenzung der Strafgewalt sind aber durch den Bund nicht aufgehoben worden; sie bestehen vielmehr weiter. So kann der Bund dem Kanton heute nicht verbieten, von den Bestimmungen der aktiven Personalität dem Ausland gegenüber Gebrauch zu machen; und weil das *stellvertretende Strafrecht* heute in den Kantonen vielfach mit der aktiven Personalität untrennbar verbunden ist, so wollte und konnte der Bund natürlich auch nicht das stellvertretende Strafrecht der Kantone vertilgen.

---

[1]) Unter einem « Nichtvertragsstaat » verstehe ich sub *c* auch einen Staat, der zwar mit der Schweiz einen Auslieferungsvertrag abgeschlossen hat, welcher Vertrag aber das stellvertretende Strafrecht nicht regelt.

So entscheidet denn richtigerweise in Fällen, wie den oben erwähnten *(a* bis *c)*, auch heute noch der *Kanton* über die Gewährung des stellvertretenden Strafrechts. Und der Kanton entscheidet hier nach Massgabe seiner *eigenen Gesetzgebung*. Besitzt er also ein System der verkümmerten *aktiven Personalität,* so bringt er in den erwähnten Fällen auch zwecks Ausübung des «stellvertretenden Strafrechts» einfach seine Normen über die aktive Personalität zur Anwendung. Besitzt er aber, wie Zürich, ein System des reinen *stellvertretenden Strafrechts,* so wendet er in den erwähnten Fällen *dieses* System an.

Es besteht also heute *subsidiär* das kantonale Kollisionsrecht auf dem Gebiete des stellvertretenden Strafrechts weiter. Und auf diesem dem Kanton überlassenen Gebiete darf der Kanton selbstverständlich auch *neue* Bestimmungen erlassen. Er kann also beispielsweise bestimmen, dass er das stellvertretende Strafrecht auch einem Staat gewähre, der nicht in der Lage ist, der Bundesbehörde die ne bis in idem-Erklärung im Sinne von Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes abzugeben. Von dieser Befugnis hat die neue *zürcherische Strafprozessordnung* in § 479, Abs. 2 Gebrauch gemacht, wenn es hier heisst: «Wird die Auslieferung eines Kantonsangehörigen gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes verweigert, so kann der Regierungsrat die Strafverfolgung im hiesigen Kanton auch dann anordnen, wenn der ersuchende Staat die dort erwähnten Zusicherungen nicht zu geben vermag». Diese Bestimmung der zürcherischen Strafprozessordnung ist also nicht bundesrechtswidrig.

Zu diesen kantonalen Befugnissen nur noch *eine* Bemerkung. Wenn ein Ausländer in einem Kanton sich gegen ein kantonales Strafgesetz vergangen hat und er sich nach geschehener Tat in seinen Heimatstaat begibt, so steht es im freien Ermessen des *Kantons,* ob er durch die Bundesbehörde beim betreffenden fremden Staat ein Gesuch um Verfolgungsübernahme stellen will oder nicht. Das jus puniendi hinsichtlich dieser Tat steht dem Kanton und nur ihm zu; *er* verfügt nach Massgabe seiner Gesetzgebung frei über dasselbe. Der Bund kann also den Kanton nicht zwingen, ein Strafübernahmegesuch zu stellen, dies auch dann nicht, wenn in concreto zwischen dem Bund und dem auswärtigen Staat eine Vereinbarung über

die Gewährung des stellvertretenden Strafrechts besteht. Kann aber der Kanton auf die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts durch den ausländischen Staat *verzichten,* so kann er naturgemäss auch das Minus: *das heisst, er kann das ausländische Stellvertretungsurteil auch anerkennen, wenn es von Bundes wegen nicht anerkannt werden müsste.* Wir werden später noch sehen, dass von *Bundes wegen* regelmässig nur ein *verurteilendes* ausländisches Stellvertretungsurteil von der Schweiz anerkannt werden muss, nicht also auch ein freisprechendes Urteil. Aus dem eben Gesagten ergibt sich nun, dass der Kanton sich an diese Auffassung des Bundes nicht zu halten braucht. Er kann sich also auch mit dem *freisprechenden* Stellvertretungsurteil, das der ausländische Richter fällt, bescheiden. Deshalb ist denn auch der § 481 der neuen *zürcherischen Strafprozessordnung* durchaus nicht bundesrechtswidrig. Er lautet: «Erklärt der auswärtige Staat, dass er die Auslieferung zwar verweigere, aber die Strafverfolgung zu übernehmen bereit sei, so kann der Regierungsrat die für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte verbindliche Erklärung abgeben, dass auch im Falle der Freisprechung auf die Strafverfolgung verzichtet werde».

Freilich muss sich die kantonale Regierung bei der Abgabe von derartigen Erklärungen ans Ausland der *Bundesbehörden* als Überbringer bedienen. Dass etwa die kantonalen Regierungen von sich aus mit dem Ausland über das stellvertretende Strafrecht Erklärungen (etwa Gegenrechtserklärungen) austauschen, ist heute nicht mehr denkbar.

III. Der Inhalt des stellvertretenden Strafrechts.

Der Inhalt des stellvertretenden Strafrechts ist, soweit über diesen Gegenstand zwischen Bund und ausländischem Staat eine vertragliche Vereinbarung besteht, aus dem Wortlaute und aus dem Willen der betreffenden *Vertragsbestimmung* zu ergründen. Besteht eine vertragliche Regelung über die Materie nicht, so wird der zitierte Art. 2 des *Auslieferungsgesetzes* praktisch. Soweit die Materie, wie früher ausgeführt, den Kantonen überlassen ist, können schliesslich noch *kantonale Normen* zur Anwendung kommen. Freilich wird in keiner der drei eben

erwähnten Quellenarten der Inhalt des stellvertretenden Strafrechts abschliessend oder auch nur einigermassen eingehender geschildert. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass sich auf diesem Gebiet auch ein *Gewohnheitsrecht* bilden kann, welche Art von Rechtsquelle dann das gesetzte stellvertretende Strafrecht ergänzen wird. Und schliesslich werden in dieser Materie *Gerichtsgebrauch* und *Doktrin* von vielfach ausschlaggebender Bedeutung sein. Im einzelnen sind zum Inhalt des stellvertretenden Strafrechts folgende Bemerkungen zu machen:

1. Sowohl nach sämtlichen acht Verträgen der Schweiz, die das stellvertretende Strafrecht ausdrücklich regeln, wie auch nach Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes übt die Schweiz das stellvertretende Strafrecht für einen ausländischen Staat nur dann aus, wenn der betreffende Staat ein bezügliches *Begehren* stellt. Ich halte dies übrigens für selbstverständlich. Denn die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts ist, wie ich früher schon ausführte, nur ein Akt der *Rechtshilfe* und das Pendant zur Auslieferung, welch letztere ja auch nur auf *Wunsch* des ausländischen Staates vor sich geht. Mit dieser Behauptung, dass der ausländische Staat ein *Begehren* stellen müsse, steht nicht im Widerspruch, dass beispielsweise der Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes die Zusicherung des stellvertretenden Strafrechts schon dann vorsieht, «wenn das Auslieferungsbegehren abgelehnt wird». Denn auch in diesem Falle hat der ausländische Staat ja ein *Begehren* gestellt! Liegt ein Begehren in der einen oder andern Form nicht vor, und taucht ein Schweizer, der im Auslande delinquiert hat, auf schweizerischem Gebiete auf, so geht also das stellvertretende Strafrecht zunächst nicht vor sich. In der Praxis wird der Flüchtling, wenigstens wenn er vom ausländischen Staat «ausgeschrieben» ist, zwar von der ergreifenden Behörde in der Schweiz kursorisch zur Sache befragt, wohl meist auch provisorisch in Haft gesetzt. Im übrigen aber macht man dem ausländischen Staat vom Dasein des Ausgeschriebenen lediglich Mitteilung und wartet dann ab, ob der ausländische Staat ein *Begehren* auf Übernahme der Verfolgung stellt. Ein weiteres Führen der Untersuchung, *ohne* dass ein Begehren seitens des ausländischen Staates vorliegt, wäre nur dann denkbar, wenn der ergreifende Kanton dem System der *aktiven Personalität*

—

folgen sollte. Für Zürich trifft dies aber beispielsweise nicht zu, wie ich mich denn auch an dieser Stelle nur mit dem stellvertretenden Strafrecht und nicht mit der aktiven Personalität zu befassen habe.

2. Die Mehrzahl der erwähnten Verträge, wie auch Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes sehen ausdrücklich vor, dass die Schweiz bei Ausübung des stellvertretenden Strafrechts die *inländischen Gesetze anwendet.* Das heisst: Der Verfolgte wird, wenn in der Schweiz das Übernahmeverfahren vor sich geht, nach *schweizerischem* Strafrecht beurteilt und gegebenenfalls bestraft. In der Schweiz käme diesbezüglich heute zur Hauptsache das *kantonale* Strafrecht zur Anwendung. Flieht also ein Zürcher, der in Frankreich einen Betrug begangen hat, in den Kanton Zürich, so wendet der Zürcher Richter, wenn er für Frankreich das stellvertretende Strafrecht ausübt, zürcherisches Strafrecht an; der Täter wird gemäss den §§ 191 ff. des zürcherischen Strafgesetzes bestraft.

Diese Regelung, so praktisch sie ist, ist durchaus nichts Selbstverständliches. Da die Tat im Ausland erfolgte und da der *ausländische* Staat an der Tat das jus puniendi besitzt, wäre es, rein juristisch betrachtet, näherliegend, das betreffende *ausländische* Strafgesetz anzuwenden. Die gegenteilige Auffassung, die durch die erwähnten Bundesquellen vertreten wird, führt also dazu, dass der *eine* Staat das jus puniendi besitzt, während ein *anderer* Staat die Rechts*anwendungs*normen stellt. Wie gesagt, opponiere ich aber aus *praktischen* Gründen dieser Lösung in keiner Weise; denn die Anwendung *ausländischen* Rechts, zumal Strafrechts, ist immer mit grossen Schwierigkeiten verbunden. *Absolut* zwingend ist aber meines Erachtens die Anwendung des *inländischen* Gesetzes trotz der erwähnten Bundesquellen nicht. In denjenigen Fällen nämlich, wo es lediglich im Ermessen des *Kantons* steht, ob er die Strafverfolgungsübernahme besorgen will, kann der Kanton gewiss auch *ausländisches* Strafrecht zur Anwendung bringen, sofern seine eigene Gesetzgebung dies gestattet (für Zürich freilich besteht eine solche Ermächtigung gemäss seinen internationalstrafrechtlichen Bestimmungen nicht).

3. Gemäss Art. 2 des Auslieferungsgesetzes, wie auch nach der Mehrzahl der schweizerischen Verträge, die das stellver-

tretende Strafrecht vorsehen, ist die Verfolgungsübernahme lediglich auf die Person des *Nationalen* zugeschnitten; das stellvertretende Strafrecht soll Platz greifen, wenn der Täter zufolge seiner *Inländereigenschaft* nicht ausgeliefert werden kann. Ich habe schon früher ausgeführt, dass diese Auffassung zu enge ist und dass das stellvertretende Strafrecht auch dann geübt werden sollte, wenn sich einer an sich zulässigen Auslieferung des *Ausländers* gewisse *äussere Hindernisse* entgegenstellten. Heute sind es lediglich *zwei* Verträge der Schweiz (mit *Argentinien,* Art. 9, Abs. 1, und mit *Paraguay*, Art. 10, Abs. 1), die ein derart weitergehendes stellvertretendes Strafrecht vorsehen.

4. Das stellvertretende Strafrecht wird nicht bei allen Delikten gewährt. Die meisten Verträge der Schweiz besagen ausdrücklich, dass eine *Pflicht* zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts nur dann besteht, wenn das betreffende Delikt in der Enumerationstabelle des Vertrags erwähnt ist, also ein sogenanntes *Auslieferungsdelikt* darstellt (Monaco Art. 10, Abs. 1; Russland Art. 2; Salvador Art. 10, Abs. 1; Serbien Art. 10, Abs. 1; Spanien Art. 9, Abs. 1; Grossbritannien Art. 1, Abs. 2). Und auch der Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes sieht das stellvertretende Strafrecht nur für den Fall vor, dass der Schweizerbürger von einem auswärtigen Staat «wegen einer im *Staatsvertrage* oder in einer *Gegenrechtserklärung* vorgesehenen strafbaren Handlung» verfolgt wird. Dieser Gedanke ist richtig. Denn das stellvertretende Strafrecht ist das Pendant zur *Auslieferung,* und wenn der ersuchte Staat nicht zur Auslieferung verpflichtet ist, kann man ihm auch nicht eine Verpflichtung zur Ausübung des stellvertretenden Strafrechts zumuten. Die Schweiz anlangend steht es, wie schon früher erwähnt, im freien Ermessen des *Kantons,* ob er das stellvertretende Strafrecht auch für ein Nichtauslieferungsdelikt gewähren will. Freilich sind dem Kanton in dieser Hinsicht die Hände dann gebunden, wenn das betreffende Delikt ein rein *militärisches* oder ein *politisches* ist. Der Satz, dass für rein militärische und politische Delikte keine Rechtshilfe zu gewähren ist, ergibt sich deutlich aus der Tendenz der Auslieferungsverträge wie des Auslieferungsgesetzes; und zwar hat es sinngemäss die Meinung, dass der Bund diesen Satz in ab-

soluter Weise für die *ganze Schweiz* ausgesprochen haben will, da auf militärischem und politischem Gebiete stets auch die Interessen des *Bundes* berührt werden. Es ist also keine Rede davon, dass der Kanton einem ausländischen Staat gegenüber bei einem rein militärischen oder politischen Vergehen auf dem Wege des stellvertretenden Strafrechts Beihilfe leisten darf.

5. Sowohl das Auslieferungsgesetz (Art. 2, Abs. 2), wie auch die Mehrzahl der Auslieferungsverträge knüpfen die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts ausdrücklich an die Bedingung, dass der auswärtige Staat sich an den Grundsatz des *ne bis in idem* hält. Gemäss Art. 2, Abs. 2 des Auslieferungsgesetzes muss der ersuchende Staat sogar eine förmliche *Erklärung* dahingehend abgeben, dass der Schweizerbürger nach Verbüssung der in der Schweiz gegen ihn verhängten Strafe auf dem Gebiet des ersuchenden Staates nicht nochmals wegen desselben Verbrechens verfolgt und auch ein von seinen Gerichten gegen ihn ausgefälltes Strafurteil nicht vollzogen werden wird (sogenannte ne bis in idem-Erklärung). Ist also der Täter zufolge der Verfolgungsübernahme im ersuchten Staat verurteilt worden und hat er die Strafe verbüsst, so darf er im ersuchenden Staat wegen der gleichen Tat nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden. Anders aber wäre es, wenn der Täter die ihm im ersuchten Staate zudiktierte Strafe *nicht* oder nur *teilweise* verbüsst haben sollte; in diesem Falle bleibt es dem ersuchenden Staate unbenommen, nachträglich gegen den Verurteilten noch seinerseits vorzugehen.

Die Verträge (Argentinien, Monaco, Paraguay, Salvador, Serbien, Spanien) wie auch das Auslieferungsgesetz sehen das ne bis in idem nur für den Fall vor, dass es in dem ersuchten Staate zu einem *verurteilenden* Erkenntnis gekommen ist; denn sie sprechen ausdrücklich davon, dass der Täter die Strafe, die ihm der ersuchte Staat zudiktiert hat, *verbüsst* haben müsse. Damit ist zugleich ausgedrückt, dass der ersuchende Staat ein *freisprechendes* Erkenntnis, das im ersuchten Staate ergangen ist, *nicht anzuerkennen* braucht. In der *Praxis* wird dieser Grundsatz aber meist nicht gehandhabt. In der schweizerischen Praxis pflegt man auch den auswärtigen *Freispruch*, zu dem das auswärtige Übernahmeverfahren führte, ja sogar die auswärtige *Einstellung* des Verfahrens zu respektieren. Oft wird

schon die ne bis in idem-Erklärung so abgegeben, dass man implicite auch einen allfälligen Freispruch anerkennt. Ich sah sogar vor einigen Jahren ein seitens Frankreich bei der Schweiz eingereichtes Übernahmegesuch, in welchem die französische Behörde ihrerseits auf weitere Verfolgung der Angelegenheit einfach « verzichtete ». Ich gebe zu, dass ein derart weitgehendes Entgegenkommen seitens des ersuchenden Staates die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts sehr erleichtert; öfters wird es in praxi auch nur auf *diesem* Wege möglich sein, bei einem auswärtigen Staate eine Übernahmeerklärung erhältlich zu machen. Dennoch ist dieses Verfahren unter Umständen nicht unbedenklich. Um aufrichtig zu sein, ist einmal zu erwähnen, dass die Verfolgungs- und Gerichtsbehörden des ersuchten Staates in der Praxis meist auf die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts für einen andern Staat nicht sehr erpicht sind. Und wie nun, wenn der ersuchte Staat die Untersuchung in *liederlicher Weise* führt, dergestalt, dass Freispruch oder Einstellung lediglich auf diese liederliche Untersuchung zurückzuführen sind? Soll sich in solchen Fällen der strafberechtigte Staat ohne weiteres mit diesem Prozessausgange im ersuchten Staate zufrieden geben? Ich denke nein. Aber auch wenn die Rechtsprechung im ersuchten Staat eine anerkannt unparteiische und sorgfältige ist, kann es vorkommen, dass dort im Übernahmeverfahren ein Freispruch oder eine Einstellung ergeht, die im ersuchenden Staat als ganz unbefriedigend erscheint. Jeder in der Praxis stehende Kriminalist kann solche Fälle erwähnen. Ich möchte diesbezüglich nur auf einen Fall hingewiesen haben: Ein deutscher Staatsangehöriger war in Basel rechtskräftig verurteilt worden. Vor Antritt der Strafe floh er nach Deutschland. Deutschland führte in der Folge auf das Gesuch der schweizerischen Behörden hin gegen den Delinquenten das stellvertretende Strafrechtsverfahren durch, sprach aber in diesem Verfahren den Täter eigenartigerweise frei. Hierauf kehrte der Täter nach Basel als nach dem Schauplatz seiner Tat zurück und hielt sich hier unbehelligt auf, trotzdem er seinerzeit von den Basler Gerichten rechtskräftig verurteilt worden war. Freisprüche sind überhaupt im stellvertretenden Strafrechtsgange etwas häufiges. Es wird diese Erscheinung in erster Linie damit zusammenhängen, dass der

das stellvertretende Strafrecht ausübende Staat regelmässig nicht im unmittelbaren Besitz der Beweismittel ist. Aber auch aus einem andern Grunde sollte ein im ersuchten Staat ergangener Freispruch oder eine dort erfolgte Einstellung nicht ohne weiteres für den strafberechtigten Staat verbindlich sein: Da der ersuchte Staat auch beim stellvertretenden Strafrecht regelmässig sein *eigenes* Strafgesetz zur Anwendung bringt, kann es vorkommen, dass der Täter im ersuchten Staat lediglich deshalb freigesprochen oder ausser Verfolgung gesetzt wird, weil in concreto im ersuchten Staat der *gesetzliche* Tatbestand versagt. Ein Ausländer hat in Zürich strafbaren Betrug verübt; der zürcherische Betrugstatbestand ist prima facie gegeben. Nun begibt sich der Täter in seinen Heimatstaat, der den Betrugstatbestand gesetzlich ganz anders und viel enger umschreibt, so dass es dort im stellvertretenden Strafrechtsgang einfach zu einer Einstellung oder einem Freispruch kommen muss, während umgekehrt im Begehungsstaat Zürich der gesetzliche Tatbestand des Betrugs durchaus erfüllt ist. Soll in einem solchen Falle der Kanton Zürich, der ja einen einwandfreien Strafanspruch besitzt, sich mit der erwähnten ausländischen Abwandlung abfinden müssen?

Mit diesen Ausführungen will ich besagen, dass man mit der Anerkennung fremdländischer Freisprüche und Einstellungen im stellvertretenden Verfahren vorsichtig umgehen muss und dass man sich de lege ferenda mit dieser Frage in sorgfältiger Weise befassen sollte.

6. Damit der ersuchte Staat das stellvertretende Strafrecht ausüben kann, muss die Tat im *ersuchenden* Staat *strafbar* sein, d. h. im ersuchenden Staat unter einen gesetzlichen Straftatbestand fallen. Wenn also der Kanton Zürich für Frankreich in einem Betrugsfalle das stellvertretende Strafrecht übt, genügt es nicht, dass die Tat nach Zürcher Recht Betrug begründet, sondern es muss in concreto auch der Betrugstatbestand des französischen Rechts gegeben sein. Denn Voraussetzung für das stellvertretende Strafrecht ist, dass der ersuchende Staat an der Tat überhaupt ein *jus puniendi* besitzt; ob er aber in concreto ein solches jus puniendi hat, sagt natürlich *seine* (im gewählten Beispiele Frankreichs) Gesetzgebung.

7. Überhaupt darf die *jus puniendi-Lehre* bei der Auslegung des stellvertretenden Strafrechts nie aus dem Auge gelassen werden. Wenn der Kanton Zürich auf Weisung der Bundesbehörde hin für einen ausländischen Staat — sagen wir für Frankreich — das stellvertretende Strafrecht ausübt, so *wendet* der Kanton Zürich zwar zwecks Bestrafung des Täters *seine* Normen *an;* das *jus puniendi* an der Tat besitzt aber nach wie vor der *ausländische* Staat, also Frankreich. Der Kanton Zürich darf also das stellvertretende Strafrecht nicht mehr ausüben, wenn das fremde jus puniendi aus irgendeinem Grunde *untergegangen* ist. Wird also beispielsweise während des Übernahmeverfahrens der Täter in Frankreich *begnadigt,* oder ergeht in Frankreich eine auch den vorliegenden Fall treffende *Amnestie,* oder ist die Tat im Zeitpunkte, da Zürich das stellvertretende Strafrecht üben will, nach französischem Recht *verjährt,* so darf Zürich im Stellvertretungsverfahren nicht mehr weiter machen. Und gleich ist es zu halten, wenn der ausländische Staat den Täter schon rechtskräftig *freigesprochen* haben sollte, oder wenn der Täter die ihm im Begehungsstaate zudiktierte Strafe schon *vollständig verbüsst* hat. Denn auch in diesen Fällen ist das fremde jus puniendi untergegangen, so dass für die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts kein Raum mehr bleibt. Es gilt also hier — im Gegensatz zur aktiven Personalität — schlechthin das sogenannte *Erledigungsprinzip* (*Kohler,* l. c., S. 191). Aber auch wenn es mangels Gegebenseins einer *Prozessvoraussetzung* im fremden Staat nicht zu einer Bestrafung kommen könnte, darf das Inland das stellvertretende Strafrecht nicht ausüben. Ist die Tat also im ersuchenden Staat *Antragsdelikt* und wird ein Strafantrag nicht gestellt, oder wird der nach dem Recht des ersuchenden Staates erforderliche Strafantrag im Laufe des Übernahmeverfahrens zurückgezogen, so fällt die Ausübung des stellvertretenden Strafrechts dahin.

Aus der jus puniendi-Lehre folgt aber noch ein weiteres. Gehört, wie dargetan, beim stellvertretenden Strafrecht das jus puniendi dem *ausländischen* Staat, so folgt hieraus, dass der das stellvertretende Strafrecht übende Staat dieses fremde jus puniendi *nicht beeinträchtigen* darf. So darf der ersuchte Staat den Täter *nicht begnadigen* (das Begnadigungsrecht steht vielmehr dem *ersuchenden* Staate zu, da *er* ja der Träger des jus

punìendi ist). Und gleich verhält es sich mit der *Amnestie.* Dieser Grundsatz ist unrichtigerweise in der Praxis nicht immer beachtet worden. So hat Deutschland während des Krieges und nach demselben verschiedentlich *Amnestien* mit Verfahrensniederschlagungen gewährt und dabei den Standpunkt vertreten, dass damit auch Verfahren niedergeschlagen würden, die Deutschland im *stellvertretenden* Strafrechtsgange für die Schweiz hätte führen sollen. Dieses Vorgehen ist nicht korrekt und der ersuchende Staat (die Schweiz) braucht sich mit dieser Art von Abwandlung nicht abzufinden. Ich gehe sogar soweit, zu behaupten, dass der ersuchte Staat den Täter auch *nicht bedingt verurteilen* darf, wenn der ersuchende Staat das Institut der bedingten Verurteilung nicht kennt.

8. Da das stellvertretende Strafrecht nur das Pendant zur *Auslieferung* bedeutet, so gelten im Zweifel auch bei der Auslegung des stellvertretenden Strafrechts einfach die Grundsätze des *materiellen Auslieferungsrechts.* So findet nach den meisten Auslieferungsverträgen der Schweiz die Auslieferung nicht statt, wenn die Tat nach dem Rechte des ersuchten Staates *verjährt* wäre (so auch Art. 6 des Auslieferungsgesetzes). Dieser Satz ist demgemäss auch für das stellvertretende Strafrecht zu verwerten. Der Kanton Zürich kann also das stellvertretende Strafrecht für einen ausländischen Staat nicht ausüben, wenn die Tat nach zürcherischem Strafrecht verjährt und deshalb gegenüber dem betreffenden Staat auch eine Auslieferung nicht möglich wäre.

Und gleich verhält es sich mit dem *Antragserfordernisse,* wenn die Tat zwar im ersuchenden Staat Offizial-, im Stellvertretungsstaat aber Antragsdelikt ist. So findet sich im Auslieferungsvertrag der Schweiz mit Österreich (Art. 14, Abs. 2) die Bestimmung, dass, wenn die Tat im ersuchten Staat ein Antragsdelikt begründe, die *Auslieferung* nur dann stattfinden könne, wenn ein Strafantrag gestellt worden ist. Dieser Satz muss also auch auf das stellvertretende Strafrecht übertragen werden. Das heisst: wenn die Tat in Österreich Offizialdelikt, im Zufluchtskanton aber Antragsdelikt ist, so müsste der in Österreich Geschädigte *Strafantrag stellen,* wenn im Schweizerkanton das stellvertretende Strafrecht vor sich gehen soll.

IV. Prozessuale Bemerkungen zum stellvertretenden Strafrecht.

In der zürcherischen Praxis ist man sich nie recht klar geworden, wie das stellvertretende Strafrecht in gewissen Prozesshandlungen *formell* zum Ausdruck zu bringen sei. Besonders trifft dies für die Formulierung der Anklageschrift, für das Urteilsdispositiv und für die Art der Fragestellung an die Geschworenen zu. Die Lösung dieser Fragen sollte aber auf keine nennenswerten Schwierigkeiten stossen, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Bei Ausübung des stellvertretenden Strafrechts hat der Zürcher Richter zwar zürcherisches Recht *anzuwenden,* das *jus puniendi* an der Tat steht aber dem *fremden* Staat zu. Zur Anwendung des zürcherischen Strafgesetzes kann es also nur kommen, wenn das fremde jus puniendi gegeben ist. Ob aber letzteres zutrifft, sagt das betreffende *ausländische* Strafgesetz; denn *übertreten* wurde das *fremde* Gesetz, nicht das inländische. Daher muss bei den erwähnten Prozesshandlungen formell zum Ausdruck gebracht werden, dass *zwei* Strafgesetze (das aus- *und* das inländische) in Berücksichtigung zu ziehen sind. In dem schwurgerichtlichen Verfahren in Sachen *Spähni* (Urteil des Schwurgerichts Zürich vom 8. April 1918), das sich mit dem stellvertretenden Strafrecht gegenüber Frankreich zu befassen hatte, ist dieser Grundsatz sowohl bei der Anklagestellung, als bei der Fragestellung, als im Urteilsdispositiv gänzlich missachtet worden.

Wir wollen vom Falle ausgehen, dass ein Schweizer in Frankreich Betrug begangen haben soll, dass er sich nach der Tat nach Zürich begibt und dass nun im Kanton Zürich das stellvertretende Strafrecht für Frankreich vor sich geht.

1. Wie muss in diesem Falle der rechtliche Teil der *Anklageschrift* lauten?

Wie immer, ist zunächst auch hier, dem rechtlichen Teil vorgängig, in der Anklageschrift anzugeben, *was* der Angeklagte (hier auf französischem Boden) tatsächlich verübt hat. Dieser Tatsachenschilderung muss die *rechtliche* Beurteilung folgen. Dabei muss nun die Anklagebehörde zum Ausdruck bringen, dass der Täter ein *fremdes* Gesetz verletzt hat und dass das

unsrige nur zur *Anwendung* gelangt. Die Rechtsformel in der Anklageschrift hat demgemäss zu lauten:

«Dadurch hat sich der Angeklagte schuldig gemacht des Betruges im Sinne von Art. 405 des Code pénal français, und es ist derselbe in Anwendung der §§ 191 ff. des zürcherischen Strafgesetzbuches zu bestrafen.»

2. Das verurteilende *Erkenntnis des Gerichtes* hat in Würdigung des Gesagten im Dispositiv zu lauten:

«Das Gericht hat gefunden und erkannt:

Der Angeklagte ist des Betruges im Sinne von Art. 405 des Code pénal français schuldig.

Derselbe wird in Anwendung der §§ 191 und 194 des zürcherischen Strafgesetzbuches verurteilt zu 8 Monaten Arbeitshaus und 200 Franken Busse.»

3. Im *schwurgerichtlichen Verfahren* müssen, da bei uns die Geschworenen auch über die *Rechtsfrage* zu entscheiden haben und da bei der Ausübung des stellvertretenden Strafrechts sowohl der *ausländische* als auch der *inländische* gesetzliche Tatbestand erfüllt sein muss, an die Geschworenen *zwei Hauptfragen* im Sinne von § 252 der Strafprozessordnung gestellt werden. In der ersten Frage (der eigentlichen Schuldfrage) muss der konkrete Tatbestand in den *französischen* gesetzlichen Betrugstatbestand eingekleidet werden, in der zweiten Frage in den *zürcherischen*. Es ist also zu fragen:

a) (französisch-rechtlich): «Ist der Angeklagte schuldig, am 5. Mai 1916 in der Rue Grenéta 14, Paris, unter Anwendung arglistiger Machenschaften, um die Hoffnung auf einen Erfolg zu erwecken, den Maurice Gilbert dadurch am Vermögen begaunert zu haben, dass er . . . .?»

b) (zürcherisch-rechtlich): «Hat der Angeklagte am 5. Mai 1916, um sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, in der Rue Grenéta 14, Paris, den Maurice Gilbert dadurch im Betrage von Fr. 10,000 am Vermögen geschädigt, dass er durch das wissentliche Vorbringen der falschen Tatsache, er könne . . .?»

Der Geschworene hat sich also über *beide* Fragen zu äussern, und es ist nicht angängig, den Geschworenen lediglich anhand des *zürcherischen Rechts* zu befragen, wie es im Falle Spähni geschehen ist. Im letztern Falle würde ja die Tatsache vollkommen ignoriert, dass der Angeklagte in Zürich nur dann

bestraft werden darf, wenn er im Ausland wirklich eine *dortige* Norm übertreten hat. Und über diese Frage *a* hat der *Geschworene* zu finden. Es ist also speziell nicht zulässig, dass die Frage *a* etwa vom Gerichtshofe in einem prozessualen Vorentscheid behandelt wird; denn die Frage *a* ist die eigentliche *Schuldfrage.*

Diese meine Ausführungen hinsichtlich der *Fragestellung* im stellvertretenden Strafrecht decken sich u. a. mit den Ausführungen *Kohlers* (l. c., S. 257) und mit der Ansicht des *Reichsgerichts*, wie sie in den Entscheiden 13, S. 229 ff. und 31, S. 122 ff. niedergelegt ist.

Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren.

Von Privatdozent Dr. H. F. PFENNINGER in Zürich.

Verehrter Jubilar! Unser gemeinsamer Kollege Me Maximilien Robespierre hat, bevor er sich zum Terroristen wandelte, ein mal den Ausspruch getan: «Défendre les opprimés contre le fort qui les exploite et les écrase c'est le devoir de tout cœur que la corruption et l'égoïsme n'ont pas gangrené..» Dieser Verteidigung der Schwachen und Unterdrückten haben Sie als Mensch, als Fürsprech, als Richter, als Mann der Wissenschaft und als Politiker Ihr Leben geweiht, und es dürfte daher nicht unangebracht sein, Ihnen zu Ihrem Ehrentage eine Studie zu widmen, welche die Wirkung der Verteidigung im Strafverfahren dadurch zu steigern versucht, dass sie ihre staatliche Notwendigkeit betont und sie aus den Niederungen persönlicher Zufälligkeiten auf die Höhe eines der Staatsanwaltschaft ebenbürtigen öffentlichen Verteidigungsamtes heben will.

I. Begriffe.

Die Diskussion in der Sache setzt eine Einigung in der Begriffsbestimmung voraus. Ich gebe daher ohne nähere Auseinandersetzung mit der einschlägigen Literatur einleitungsweise die Formulierung der Begriffe, mit denen ich zu arbeiten gedenke.

Verteidigen heisst Abwehr eines berechtigten oder unberechtigten Angriffs. *Verteidigung im strafprozessualen Sinn* nennt man die zugunsten des Beschuldigten entwickelte Tätigkeit, die bezweckt, den in der Geltendmachung eines staatlichen Strafanspruches liegenden Angriff in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung abzuwehren *(Verteidigung im weitern Sinne).*

Diese Abwehrtätigkeit wird gemäss einer im Inquisitionsprozess teilweise gebräuchlichen Zweiteilung nach ihrem *Träger* in die *materielle* und in die *formelle Verteidigung* geschieden: Sie ist *materiell,* soweit sie vom *Angeklagten, Ankläger* oder *Richter* ausgeht, sie ist *formell,* wenn sie einer *eigens und ausschliesslich hierzu bestellten Person,* in der Regel einem rechtskundigen Fürsprech, übertragen wird. An diese formelle Verteidigung denkt man ausschliesslich oder doch in erster Linie, wenn man von der Stellung der Verteidigung im Strafverfahren spricht, so dass wir sie als die *Verteidigung im engern Sinne* bezeichnen können.

Die *formelle Verteidigung* erscheint je nach der Bedeutung, welche man ihr im Strafverfahren zuerkennt, in der Form der *gewillkürten (fakultativen) formellen Verteidigung* — die Beiziehung eines Verteidigers wird dem Angeklagten erlaubt, aber durchaus seinem Willen überlassen — oder in der Form der *notwendigen (obligatorischen) formellen Verteidigung* — die Beiziehung eines Verteidigers wird dem Angeklagten vorgeschrieben und findet auch gegen seinen Willen statt. Wenn man neben diesen beiden Formen eine dritte Kategorie einführen wollte, indem man die formelle Verteidigung eine *bedingt notwendige* nannte, sofern sie an die Zustimmung des Angeklagten gebunden war oder nur bei bestimmten, in der Person des Angeklagten liegenden Gründen zugelassen wurde, übersah man, dass wir es im ersten Fall mit einer *gewillkürten* und im zweiten Fall mit einer *notwendigen* Verteidigung zu tun hätten, so dass beide Fälle als wesensverschieden nicht in einer neuen selbständigen Gruppe untergebracht werden können.

Die gewillkürte formelle wie die notwendige formelle Verteidigung kann *Wahlverteidigung* oder *bestellte (amtliche) Verteidigung* sein. Bei *Wahlverteidigung* geht die Bestellung vom Angeklagten aus, die *bestellte oder amtliche Verteidigung* wird vom Staate, bzw. vom Gerichte gewährt. Die bestellte Verteidigung ihrerseits kann als *Privatverteidigung* ausgestaltet werden, d. h. der Verteidiger wird von Fall zu Fall aus den am Orte praktizierenden Rechtsanwälten erkürt, oder als *öffentliche Verteidigung,* indem man für sämtliche bestellten Verteidigungen einen Staatsbeamten als Verteidiger einsetzt und

damit ein *öffentliches Verteidigeramt* als Parallele zum öffentlichen Anklägeramt schafft. Dieses öffentliche Verteidigeramt kann als ein *subsidiäres* oder als ein *prinzipales* erklärt werden. Subsidiär ist es, wenn der öffentliche Verteidiger nur dann eingreift, wenn der Angeklagte sich selbst keinen Wahlverteidiger bestellt hat, prinzipal, wenn der öffentliche Verteidiger stets in Aktion tritt und dem Angeklagten höchstens gestattet wird, neben dem öffentlichen Verteidiger noch einen oder mehrere Privatverteidiger zu bestellen.

II. Die Verteidigung in der Geschichte [1]).

Julius Glaser behauptet: «Die Geschichte des Strafprozesses ist die Geschichte der Verteidigung», und meint damit wohl, dass jede Evolution im Strafverfahren auch zu einer Evolution in der Stellung der Verteidigung geführt hat. Auf einem andern Wege gelange ich zum gleichen Resultat: Die Wertung der Verteidigung ändert sich mit dem *Materialprinzip,* das einem Strafverfahren zugrunde liegt, d. h. mit der Beantwortung der Frage, wem das Recht zur oder auf Strafe zusteht.

Solange das *Recht zur Strafe* das ausschliessliche *Recht des Verletzten* war und der Staat im Rechtsgange zwischen Verletzer und Verletztem lediglich das fakultative oder obligatorische Schiedsgericht stellte [2]), wäre jede staatliche Vorsorge für die Verteidigung eine unzulässige Parteinahme für den Verletzer gewesen. Dies blieb, als der Staat die Strafvollstreckung zu seinem Monopol erhob und damit das Recht des Verletzten zur Strafe in ein *Recht des Verletzten auf Strafe durch den Staat* (öffentliche Strafe) wandelte [3]). Immerhin stiess

---

[1]) Eine nach *wissenschaftlichen* Gesichtspunkten durchgeführte Darstellung der Verteidigung in ihrem Werdegang durch die Jahrhunderte fehlt leider bis heute, da auch die geschichtliche Einleitung *Varghas* (S. 3—268), trotz ihrer Länge, wissenschaftlich nicht sehr ergiebig ist.

[2]) So im *römischen Verfahren bei delicta privata* und im *germanischen Bussprozess*.

[3]) So im *mittelalterlichen Anklage-* und im *modernen Injurienprozess* (vgl. z. B. das alte zürcher. Rechtspflegegesetz § 1037: «Ein amtlicher Verteidiger darf einem wegen Ehrverletzung Angeklagten *nie* beigegeben werden». Jetzt StrPO § 292: «nur ausnahmsweise»).

man sich schon damals an der Möglichkeit, der Staat könnte damit lediglich zum Büttel des Stärkern degradiert werden, und man gewährte dem Angeklagten die *Rechtswohltat,* sich aus dem Ring der vollberechtigten Thinggenossen einen «vorspreke» zu wählen, eine Rechtswohltat, die er annehmen oder ablehnen konnte und die ihm unter keinen Umständen aufgezwungen werden durfte.

Die Entwicklung des *Rechtes des Verletzten auf öffentliche Strafe* zum *Recht des Staates zur Strafe,* wie sie sich in der Umwandlung des mittelalterlichen Anklageprozesses zum gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess vollzog, brachte auch für die Verteidigung eine völlige Neuorientierung. Das neue Materialprinzip verlangte nicht nur im *Grundsatz der Strafpflicht des Staates* die Verfolgung *jedes* Verbrechers — grundsätzliche Änderung in der Stellung des Anklägers! —, sondern stellte weiter im *Grundsatz der materiellen Wahrheit* die Forderung auf, dass nur *Verbrecher* bestraft werden dürfen und dass daher, jeder Bestrafung vorgängig, der Tatbestand möglichst wahrheitsgetreu festzustellen sei. Im Lichte dieses Materialprinzips wird die Verteidigung aus einer Rechtswohltat zu einem *Recht* und einer *Pflicht* der *Rechtsgemeinschaft,* und es ist kein Zufall, dass bereits die CCC in Art. 88 eine wesentliche Erweiterung der Verteidigungsrechte bringt und dass der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess als erster, wenigstens für die schwersten Vergehen, das Institut der notwendigen Verteidigung anerkannt hat [1]).

Leider beging der ausgebildete Inquisitionsprozess einen Fehler, an welchem wir heute noch kranken. Wie man in jenen Zeiten das politische Staatsideal im *aufgeklärten Absolutismus* erblickte und denjenigen Staat als den glücklichsten pries, in welchem die Weisheit eines einzigen besonders begnadeten Menschen hemmungslos das dem Gemeinwohl Nützliche zu schaffen vermochte — ich erinnere an Ludwig XIV., Friedrich II., Katharina II., Maria Theresia, Josef II! —, glaubte man auch der Erforschung der materiellen Wahrheit am besten zu dienen, wenn man in der Strafuntersuchung den Richter zum absoluten Herrscher erhob, ihn mit Anklage, Verteidigung und Urteils-

---

[1]) Vgl. auch *Kleinschrod,* Arch. des Kriminalrechts I S. 27.

fällung zugleich betraute und so dem Verfahren alle einseitig tendenziösen Einwirkungen fernhielt. Die Auswirkung dieser Anschauung beobachten wir u. a. in der *Ordonnance von 1670* (Ludwig XIV.), die befiehlt, «que les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, ne pourraient avoir aucun conseil, même après la confrontation, non obstant tous usages contraires», in der *Kriminalgerichtsordnung Josefs II.* vom 1. Juni 1788, die den Verteidiger in erster Instanz ganz ausschliesst, und in der *österreichischen StrPO v. 1803*, wo es in § 337 heisst: «Da die Verteidigung der Schuldlosigkeit schon von Amtes wegen in der Pflicht des Kriminalgerichtes mitbegriffen ist, so kann der Schuldige weder die Zugebung eines Vertreters oder Verteidigers noch die Mitteilung der vorhandenen Anzeigungen verlangen.» So gelangten zwei Strafprozessformen von diametral entgegengesetzten Ausgangspunkten zum nämlichen Ziel, der *Verneinung einer notwendigen formellen Verteidigung:* Der *mittelalterliche Anklageprozess,* weil er in der Erforschung der materiellen Wahrheit kein staatliches Interesse erblickte, und der *ausgebildete Inquisitionsprozess,* weil ihm die Erforschung materieller Wahrheit höchster Untersuchungszweck war und weil er in der Abwehrtätigkeit eines Verteidigers eine bedrohliche Gefährdung dieses Endzweckes befürchtete.

Dieser Fehler ward dem Inquisitionsprozess bekanntlich zum Verhängnis. Trennen wir nämlich die *politisch* wichtigen Errungenschaften des modernen Strafverfahrens, wie z. B. das *Schwurgericht,* von den *strafprozessual* wichtigen, haben wir neben der Einführung der Prinzipien der Mündlichkeit, Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit vor allem jene Neuerung als *wesentlich* festzustellen, welche die bisherige Allmacht des Richtertums brach, indem sie der für den Inquisitionsprozess charakteristischen Auffassung, der Staat könne nur durch einheitliche richterliche Forschung den Zweck jedes Strafverfahrens, die materielle Wahrheit, erreichen, im *Anklageprinzip* die Forderung entgegenstellte, es sei das Anklageamt vom Richteramt zu trennen und es sei jede der beiden Funktionen in die Hände eines unabhängigen prozessualen Organs zu legen.

Merkwürdig, höchst merkwürdig! Obwohl die Eigentümlichkeit des Inquisitionsrichters nicht in der «duplicitas», sondern in der «*triplicitas personae*» beruhte, dass er nämlich Ankläger,

Verteidiger und Richter in einer Person war, und obwohl auch der ausgebildete Inquisitionsprozess wenigstens im *Institut der materiellen Verteidigung* anerkannt hatte, dass die drei Funktionen der Anklage, Verteidigung und Urteilsfindung in gleicher Weise *staatliche Aufgaben* sind und im *öffentlichen Interesse* ausgeübt werden müssen, haben sich die Vorkämpfer des Anklageprinzips mit der Trennung von Anklage- und Richteramt begnügt und nur für die schwersten Delikte die Einführung einer notwendigen formellen Verteidigung befürwortet. Ich sehe die Ursache dieser befremdlichen Einseitigkeit darin, dass wir es im Anklageprinzip mit einer *strafprozessualen Auswirkung des staatsrechtlichen Prinzips der Gewaltentrennung* zu tun haben und dass dieses Prinzip in Anwendung auf den Strafprozess nur besagen konnte, dass die *Strafverfolgung* als ein *Teil der vollziehenden Gewalt* und die *Urteilsfindung* als ein *Teil der richterlichen Gewalt* nie in einer Hand vereinigt werden dürfen, während die Frage, ob der selbständigen Anklage nicht eine selbständige Verteidigung gegenüberzustellen sei, mit dem Prinzip der Gewaltentrennung nichts zu tun hatte. Das Anklageprinzip hat somit — was vielfach übersehen wird — die Allmacht des Richtertums nur nach der Anklägerseite geändert und im Dunstkreis politischer Schlagworte vergessen, dass die Funktionen der Anklage, Verteidigung und Urteilsfindung weniger staatsrechtlich als *psychologisch unvereinbar* sind und dass diese *psychologische Inkompatibilität* die Verselbständigung der Verteidigung ebenso dringend verlangt wie die des Anklage- und des Richteramtes.

Diese Einseitigkeit des modernen Anklageprozesses musste sich um so fühlbarer machen, als das neue *Prinzip der Unmittelbarkeit* die Untersuchung zur blossen Voruntersuchung verkümmern liess und zwischen diese und die Urteilsfällung als wichtigstes Stadium des Verfahrens die *Hauptverhandlung* einschob, d. h. die *unmittelbare Produktion der Beweise und die Erörterung dieser Beweise vor dem erkennenden Richter.* Kann eine solche Erörterung wertvoll sein, wenn der Anklage nicht eine gleich starke Verteidigung in absoluter Waffengleichheit gegenübertritt und drängt somit nicht die ganze Struktur des Anklageprozesses zur Verselbständigung der Verteidigung?

III. Die Verteidigung im Gemein- und im Einzelinteresse.

Die Verteidigung kann ausschliesslich im Gemein- oder ausschliesslich im Einzelinteresse geführt werden und muss, je nachdem, eine verschiedene Wertung erfahren, sofern wenigstens die Voraussetzung einer solchen Unterscheidung, die *grundsätzliche Verschiedenheit von Gemein- und Einzelinteresse,* anerkannt wird, d. h. sofern man nicht im Gemeininteresse lediglich eine Summierung, eine Mehrheit von Einzelinteressen erblickt. Dieser Frage habe ich bereits in meiner Habilitationsschrift: «Das Materialprinzip des modernen Strafprozessrechtes» die Antwort zu finden versucht [1]) und ich bin dort zum Resultate gelangt, *dass die Interessen bedingt und begründet werden durch das Wesen und die Zwecke der Interessensubjekte* und dass daher das Gemeininteresse vom Einzelinteresse ebenso verschieden ist wie sein Subjekt, die *Rechtsgemeinschaft,* von den *Einzelpersonen,* die in dieser Rechtsgemeinschaft zu einem *selbständigen Rechtssubjekt,* einer «civitas sine societas civilis.... nomine uno ab omnibus hominibus particularibus distinguenda et dignoscenda habens sua iura et res sibi proprias» (Hobbes, De cive V 9) zusammengefasst werden.

Die Verteidigung liegt im Gemeininteresse, soweit sie den Zwecken der Rechtsgemeinschaft förderlich ist. Da diese Zwecke im modernen Strafverfahren mit der möglichst restlosen Feststellung der materiellen Wahrheit und der Erzielung eines gerechten Urteils identisch sind, deckt sich die Verteidigung im Gemeininteresse mit der Verteidigung im Einzelinteresse, soweit der Angeklagte selbst nichts weiter denn ein gerechtes Urteil erstrebt. Sie tritt aber zu dieser in Gegensatz, wenn die Verteidigung im Einzelinteresse lediglich die nackte egoistische Selbstbehauptung des Beschuldigten bezweckt und diesen Zweck nur unter Verletzung des Gemeininteresses durchführen kann. Es ist nun aber selbstverständlich, dass die Rechtsgemeinschaft, der Staat, kein Interesse an der Verteidigung schlechthin besitzt und dass die Verteidigung auch unter dem

---

[1]) Ich verweise diesbezüglich auf diese, reproduziert in Schw. Z. f. StR XXXI S. 69 ff.

Materialprinzip des modernen Anklageprozesses nur insoweit eine staatliche Notwendigkeit und damit eine Pflicht der Rechtsgemeinschaft werden kann, als das Gemeininteresse an der Abklärung des Tatbestandes und an der Erzielung eines gerechten Urteils sie als eine notwendige verlangt. Nur in diesen Fällen hat der Staat für eine Verteidigung zu sorgen, während er sie überall dort dem Willen und den Mitteln des Angeklagten überlassen darf, wo sie nur vom Gesichtspunkt des Einzelinteresses wünschbar erscheint. Die weitere Frage, die wir uns zu stellen haben, ist daher diese, ob dieses Gemeininteresse an der Verteidigung bereits durch die materielle Verteidigung befriedigt wird oder inwieweit es darüber hinaus nach formeller Verteidigung verlangt.

IV. Die materielle Verteidigung.

Der Grundsatz der nur-materiellen Verteidigung besagt, dass die vom Richter, vom Ankläger und vom Angeklagten ausgehende Verteidigung der Erforschung der materiellen Verteidigung und damit dem Gemeininteresse an der Verteidigung vollständig genügt, so dass die Frage der formellen Verteidigung gar nicht erst aufgeworfen werden muss.

Der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess hat die materielle Verteidigung in der *Verteidigung durch den* **Richter**[1]) konzentriert, da er den selbständigen Ankläger nicht kannte und die Rechte des Angeklagten bis zur Bedeutungslosigkeit reduzierte. In diesem beschränkten Umfang hat er aber die Verteidigung stets als einen *notwendigen Bestandteil* des Strafverfahrens erachtet und sie als *staatliche,* dem Richter obliegende Funktion den Funktionen der Anklage und der Urteilsfindung gleichgestellt. Nach dem Kundmachungspatent Josefs II. soll «die Unschuld in dem untersuchendenKriminalgerichte selbst stets den notwendigen und eifrigsten Verteidiger finden» und auch die CCC Art. 47 hat dies dem Richter ausdrücklich zur Pflicht gemacht.

In einem tiefschürfenden Aufsatz über «Prinzip und Form im Strafprozess» hat *Heinze*[2]) nachgewiesen, dass es der

[1]) So noch heute das *englische Recht,* das die notwendige formelle Verteidigung nicht kennt: «The judge is the counsel for the prisoner».

[2]) Golddammer Archiv XXIV S. 308 ff.

eigentlichen Aufgabe des Richters, der Urteilsfindung, schädlich ist, wenn sich der Richter gleich der Partei an der Entwicklung der Dinge beteiligt und als Mitkämpfer in die Arena der Parteien hinuntersteigt. Seine Aufgabe sei vielmehr, mit gewordenen Grössen zu arbeiten und aus der abgeschlossenen Entwicklung, wie sie ihm von den Parteien dargeboten wird, das rechtliche Fazit zu ziehen. Diese Ausführungen, denen ich durchaus beistimme, finden ihre Bestätigung *historisch* im Zusammenbruch des Inquisitionsprozesses und psychologisch in dem Erfahrungssatze, dass das eigene Bemühen um Entlastungs- oder Belastungsmaterial dieses für den Richter mit einem gewissen Affektionswert umgibt und ihm eine rein objektive Wertung des Untersuchungsergebnisses ziemlich erschwert[1]). Die Richterpflicht, von Amtes wegen sämtliche Entlastungsmomente zu berücksichtigen, hat natürlich mit dieser ihm vom Inquisitionsprozess zugedachten *aktiven* Aufgabe nichts zu tun und ist lediglich eine selbstverständliche Konsequenz der Forderung nach einem möglichst gerechten Urteil.

Der moderne Anklageprozess hat, wie bereits hervorgehoben wurde, die Funktion der Anklage verselbständigt, ohne ihr eine Verselbständigung der Verteidigung gegenüberzustellen. Er hat aber die materielle Verteidigung des Angeklagten dadurch zu verstärken versucht, dass er neben die Pflicht des Richters die *Pflicht des* **öffentlichen Anklägers** setzte, auch die Entlastungsmomente gebührend zu berücksichtigen, durch welchen doppelten Wall er dem Gemeininteresse an der Verteidigung genügt zu haben glaubte. Die gleiche Doktrin, welche die Funktionenkumulation in der Person des *Richters* auf Tod und Leben bekämpfte, vereinigte in der Person des *öffentlichen Anklägers* die Funktionen des prozessualen Angriffs und der prozessualen Abwehr und schuf so im «accusateur-défenseur» eine Figur, die an psychologischer Unmöglichkeit dem «juge-

---

[1]) *Koestlin*, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, Tüb. 1849 S. 81, nennt die materielle Verteidigung durch den Richter eine «gehaltlose Beschönigung, mit der unsere gutmütigen Doktrinäre sich selbst und andern ein X für ein U machen» und er behauptet nicht mit Unrecht, dass unter den drei Rollen, die man früher dem Richter zudachte, die Rolle der Verteidigung die am schlechtesten bedachte war.

défenseur» nichts nachgab und mit Recht von Holtzendorff[1]) als «*Inkognito-Verteidigung durch die Staatsanwaltschaft*» verspottet worden ist.

Die Aufgabe, die damit dem öffentlichen Ankläger zugemutet wird, identifiziert das Gesamtinteresse des Staates an der Strafrechtspflege mit der einseitigen Funktion der Strafverfolgung und zwingt damit den Staatsanwalt in doppelte Parteistellung (Ankläger und Verteidiger). Denn mit dem Moment der Anklageerhebung wird der öffentliche Ankläger einseitig Partei, vertritt als solche einen Teil des Gesamtinteresses an der Strafrechtspflege, während dieses selbst in abstracto vom Gesetzgeber, in concreto vom Richter gewahrt wird. Gewiss: Der öffentliche Ankläger hat nur *Schuldige* vor den Richter zu stellen und soll jeden Entlastungsbeweis genau prüfen. Er hat aber mit Anklageerhebung Stellung bezogen und damit mehr oder weniger das unbefangene Urteil gegenüber Beweisversuchen verloren, die dartun wollen, dass sein Anklagegebäude auf Sand gebaut sei. Der Grundfehler liegt eben nicht in den ausübenden Personen, sondern in der fehlerhaften Institution, die den Normalmenschen in einen Pflichtenkonflikt führt, dem er psychologisch nicht gewachsen ist, und die zugleich die Stellung des öffentlichen Anklägers ungebührlich verstärkt, indem sie seine tatsächlich parteiische und befangene Beurteilung der Prozesslage mit dem Schein grundsätzlicher Unparteilichkeit umgibt[2]). Zudem: Gäbe es wirklich einen Staatsanwalt, der nach Sammlung des Belastungsmaterials mit gleichem Eifer die Unzulänglichkeit dieses Belastungsmaterials darzutun versuchte — man hat diese Arbeit mit der Arbeit Penelopes verglichen — wäre dieser weisse Rabe dem Angeklagten trotzdem ein Danaergeschenk, da schon die Tatsache der Anklageerhebung dem Richter beweist, dass dieser Inkognito-Verteidiger selbst die Entlastungsmomente leichter als die Belastungsmomente befunden hat.

---

[1]) Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft, 1865, S. 55.

[2]) Ähnlich *Frydmann*, Verteidigung S. 77: «Da die Staatsanwälte in der Regel nichts zugunsten des Angeklagten vorbringen wollen, so entsteht die Vermutung, als wäre zur Entlastung überhaupt nichts zu sagen».

Der natürlichste Träger der Verteidigung ist der **Angeklagte** selbst. Genügt aber diese Verteidigung den Anforderungen, welche an die *Verteidigung im Gemeininteresse* gestellt werden müssen? Ich antworte: *Der Angeklagte ist zu einer Verteidigung im Gemeininteresse in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle unfähig und er ist überdies zu einer solchen auch gar nicht verpflichtet.*

Die *Unfähigkeit* eines Angeklagten zur Führung seiner Verteidigung bedarf keines langwierigen Beweises. Ich spreche ausdrücklich nicht von jenen Fällen, da der Angeklagte taub, stumm, minderjährig, vermindert zurechnungsfähig oder auch nur abwesend ist, denn für diese Ausnahmefälle würde die formelle Verteidigung wohl auch von ihren prinzipiellen Gegnern zugelassen. Ich erinnere nur daran, dass sich die Angeklagten meist — man hat schon gesagt zu $^8/_{10}$! — aus den ungebildeten und in Rechtssachen unerfahrensten Volksschichten rekrutieren, weil Not, Elend und mangelnde Erziehung den besten Nährboden für Verbrechen bilden. Rechtsunkundig und prozessungewandt wissen sie nicht, welche Verteidigungsmittel ihnen zur Verfügung stehen und wie diese Verteidigungsmittel am wirksamsten und nützlichsten zu gebrauchen sind. Es gibt Fälle, in denen Angeklagte selbst durch ihr ungeschicktes Wesen zu ihren Ungunsten der Erforschung der materiellen Wahrheit entgegengearbeitet haben, ist doch schon der CCC bekannt, «dass mancher auss einfalt oder schrecken nit fürzuschlagen weiss, ob er gleich unschuldig ist, wie er sich des entschuldigen und ausführen soll» (Art. 47). Ja, nehmen wir sogar den denkbar günstigsten Fall: *Der Angeklagte ist selbst Verteidiger in Strafsachen!* Auch *dieser* Angeklagte ist unfähig, Träger seiner Verteidigung zu sein, denn wenn ihm nicht bereits die Untersuchungshaft die zur Waffengleichheit nötige Bewegungsfreiheit raubt, lastet doch auf ihm jenes von allen Strafprozessualisten gewürdigte, beängstigende und beschämende Gefühl des Angeklagtseins, das den Angeklagten der zur Verteidigung absolut notwendigen Klarheit und Ruhe beraubt und ihn mit Aufregung und Niedergeschlagenheit erfüllt. Es ist absolut falsch, wenn am Kongress der IKV zu Budapest im Jahre 1902 der rumänische Professor Tanoviceanu ausführte: «L'innocent porte avec lui le bouclier de son

innocence... Le meilleur conseiller, l'avocat le plus éloquent, c'est son innocence!» Denn jeder Rechtsanwalt weiss, dass man nur in absolut unbefangener Lage das Recht zu meistern versteht und dass daher ein angeklagter Rechtsanwalt stets einen *Kollegen* mit der Verteidigung betrauen sollte.

Verlangt bereits die in der Person und in der Lage des Angeklagten liegende Inferiorität den Beistand eines Verteidigers, der in genauer Kenntnis des materiellen und formellen Strafrechts die Anklage bekämpft, zerstört eine weitere Überlegung auch die letzte Illusion, als ob wenigstens in Ausnahmefällen der Angeklagte Träger der Verteidigung im Gemeininteresse sein könnte. Sehen wir nämlich ganz ab von den Fällen, in denen sich der Angeklagte gar nicht verteidigen will, weil er zur Schonung von Mitschuldigen oder aus andern (edeln und unedeln, z. B. gewinnsüchtigen) Motiven eine Strafe unschuldig zu erleiden wünscht — womit der Rechtsgemeinschaft natürlich nicht gedient ist! — darf gesagt werden, dass der Angeklagte ein *Recht* besitzt, in seiner Verteidigung sein *Einzelinteresse* und nur dieses zu vertreten, so dass die staatliche Aufgabe der Verteidigung im Gemeininteresse auch in diesen Ausnahmefällen ohne Träger bleiben müsste. Der Staat darf die Wahrung des Gemeininteresses an der Verteidigung nicht einer Person anvertrauen, die berechtigt ist, die Interessen ihrer eigenen egoistischen Selbstbehauptung dem Gemeininteresse voranzustellen.

V. Die formelle Verteidigung: Rechtswohltat oder staatliche Notwendigkeit?

Die im vorigen Abschnitt gewonnene Erkenntnis von der Unzulänglichkeit der materiellen Verteidigung enthält ohne weiteres die Schlussfolgerung, dass eine im Gemeininteresse zweckmässige Verteidigung nur durch deren Verselbständigung, wie sie uns allein die *formelle Verteidigung* zu bieten vermag, gewonnen werden kann. Es bleibt aber die Frage zu prüfen, wie diese formelle Verteidigung ausgebaut werden muss, um den Anforderungen zu genügen, welche die Rechtsgemeinschaft an eine solche Verteidigung zu stellen hat.

Die formelle Verteidigung, vom Inquisitionsprozess als Aschenbrödel behandelt oder ganz eliminiert, erlebte ihre

Rehabilitation mit dem Aufkommen des modernen Anklageprozesses. In der Art, wie sie in den geltenden Gesetzgebungen ihre Verwirklichung gefunden hat, erkennen wir unschwer die beiden Komponenten ihrer Entwicklung: Die formelle Verteidigung als *Rechtswohltat* und die formelle Verteidigung als *staatliche Notwendigkeit.* Das Raritätenkabinett unserer schweizerischen Strafprozessordnung ist in der Lage, für jede Gestaltungsmöglichkeit einen lebenden Repräsentanten zu liefern.

Die unterste Stufe in der Ausbildung der formellen Verteidigung bilden jene *Gesetzgebungen, welche über ihre blosse Zulassung noch nicht hinausgekommen sind* und daher die Verteidigung in keinem Falle als *Rechtswohltat* gewähren oder gar als *notwendig* erklären [1]. Ihr Grundgedanke ist: *Die formelle Verteidigung muss wegen der Anklageform des Verfahrens zugelassen werden, obwohl sie für die Zwecke des Strafverfahrens nicht wesentlich ist, da die materielle Verteidigung zur Wahrheitserforschung genügt.*

Gegenüber dieser untersten Stufe bedeutet die *unentgeltliche Gewährung der formellen Verteidigung als einer Rechtswohltat* einen unverkennbaren Fortschritt. Sie sagt: *Die formelle Verteidigung muss unter bestimmten Voraussetzungen dem Beschuldigten stets dann, aber auch nur dann zugebilligt werden, wenn er eine solche ausdrücklich verlangt.* Diese Betrachtungsweise der *gewillkürten* formellen Verteidigung unterstellt die Verteidigung dem souveränen Willen des Beschuldigten und hat sie in ihrer staatlichen Notwendigkeit noch nicht erfasst. Die unentgeltliche Gewährung ist lediglich als Ausgleich zwischen Arm und Reich gedacht und stellt sich gleich dem Armenanwalt im Zivilprozess oder dem savoyischen «avocat des pauvres» als eine gesetzliche Wohltat im Einzelinteresse des Angeklagten dar, auf welche dieser — und hier liegt der grosse Unterschied zur *notwendigen* formellen Verteidigung! — *verzichten* kann [2]. Die gleiche Anschauung liegt

[1] Appenzell I.-Rh. und Obwalden (mit Ausnahme des Kontumazialverfahrens.

[2] So *für alle Verbrechen und Vergehen: Waadt* (StrPO § 286), *Neuenburg* (StrPO § 174) und *Nidwalden* (StrPO § 56 I), so *für Verbrechen, auf welchen längere Freiheitsstrafe steht: Appenzell A.-Rh.* (StrPO § 104), so endlich *in allen Fällen, «in welchen nach dem Gesetz auf Zuchthaus von mehr als fünf Jahren erkannt wird»: Basel-Stadt* (StrPO § 69).

übrigens auch jener Regelung zugrunde, bei welcher dem Begehren des Beschuldigten um Bestellung eines Verteidigers nicht ohne weiteres entsprochen wird, indem das Ermessen des Richters über Bestellung oder Nichtbestellung entscheidet[1]). Denn diese Variante überlässt Sein oder Nichtsein der formellen Verteidigung ebenfalls insofern der Willkür des Angeklagten, als sie ohne sein Begehren von vornherein ausgeschlossen wäre.

Die *gewillkürte* formelle Verteidigung kommt im *Resultat* der *notwendigen* formellen Verteidigung sehr nahe, weil der Beschuldigte ausserordentlich selten die Selbstverteidigung der formellen Verteidigung vorziehen wird. Diese Ähnlichkeit im Resultate darf aber darüber nicht hinwegtäuschen, dass beide Verteidigungsformen *grundsätzlich verschieden* sind.

Der *Grundgedanke des modernen Anklageprozesses,* dass nämlich, wie *Wach*[2]) prägnant formulierte, «im Für und Wider, im Erschöpfen der Gründe zugunsten und zuungunsten der Beschuldigung am sichersten der Zweck der Untersuchung, die Wahrheit und das gerechte Urteil erreicht wird»[3]), hat von Anfang an die Frage zur Diskussion gestellt, ob nicht die formelle Verteidigung das naturnotwendige Korrelat der formellen Anklage bilde oder, anders ausgedrückt, ob nicht die Verteidigungsfunktion für den Strafprozess ebenso wesentlich sei wie die Anklagefunktion, so dass eine Personifikation beider in gleichem Masse geboten erscheine. *Friedmann*[4]) hat zu diesem Zwecke die Aufgaben der Verteidigung geschieden in eine *negative Funktion*, d. h. *die Disposition durch Verzicht,* und in eine *positive Funktion*, d. h. *die Abwehr durch Gegenangriff.* Während die erstere infolge des gesetzlichen Verbotes der

---

[1]) Diese Regelung findet sich nirgends in Reinkultur, sondern wird in *Basel-Stadt* (StrPO § 69) mit der *gewillkürten* und in *Thurgau* (Ges. betr. bezirksamtl. Verf. § 42 II) und *St. Gallen* (StrPO § 7) mit der notwendigen Verteidigung in der Weise kombiniert, dass sie für *Vergehen* zur Anwendung kommt, während die beiden andern auf *Verbrechen* beschränkt bleiben.

[2]) Struktur des Strafprozesses S. 57.

[3]) Vgl. auch *Vargha,* Verteidigung S. 277: «Der Widerspruch ist der Prüfstein der Wahrheit». Ferner John *Stuart Mill,* Von der Denk- und Redefreiheit S. 19.

[4]) Zur Theorie des Anklageprozesses, in *Grünhuts* Zeitschrift XVII S. 56 ff.

Verzichtbarkeit von einer Personifikation absehen kann, ist die letztere nicht einfach durch einen Rechtssatz zu ersetzen. Sie verlangt vielmehr einen vom Richter, Ankläger und Angeklagten gleich unabhängigen Verteidiger, da eine Erörterung der Untersuchungsresultate nur dann der Wahrheitserforschung zu dienen vermag, wenn das Für und Wider verschiedenen von einander unabhängigen Funktionären anvertraut worden ist. Anerkennt man daher im Anklageprozess einen Fortschritt gegenüber dem Inquisitionsprozess — und diese Voraussetzung ist heute allgemein gegeben — muss man zum mindesten folgendes gesetzgeberisches Postulat als richtig anerkennen: *Der Staat hat jedem Angeklagten, der selbst einen Verteidiger nicht bestellen kann oder nicht bestellen will, von Amtes wegen in allen Strafsachen einen Verteidiger von dem Momente an beizugeben, da er auch dem öffentlichen Ankläger gestattet, in das Verfahren einzugreifen.* Diesem Gedanken der *notwendigen* formellen Verteidigung, auf welche weder die mangelnde Einsicht des Angeklagten, noch sein Wille, eine unverdiente oder eine unverdient hohe Strafe auf sich zu nehmen, verzichten kann, gibt Binding beredten Ausdruck, wenn er in seinen Abhandlungen II S. 199 sagt: «Es ist eine heilige Forderung der Gerechtigkeit, dass der dem juristisch durchgebildeten Anklagebeamten gegenüber fast wehrlose Angeklagte in allen Nichtbagatellfällen der Offizialverteidigung nicht ermangle, falls er nicht selbst sich den Verteidiger gewählt hat.

Diese notwendige formelle Verteidigung findet sich in den schweizerischen Strafprozessordnungen bereits heute:

a) nur für *Kapitalverbrechen* in *Bern* (StrPO 263);

b) für *Verbrechen überhaupt* in *Solothurn* (StrPO 53 II), *Aargau* (StrPO 310 I), *Thurgau* (Gesetz betr. Geschwornengerichte § 91 e und Anwaltsgesetz § 10), *Zug* (OG 75), *Freiburg* (StrPO 243 I), *Schwyz* (StrPO § 189), *Wallis* (StrPO 183 und 184), *Baselland* (Gesetz über die Vertretung in Zivil- und Strafprozessen vom 8. April 1867 § 8 (aber nur, wenn der Angeklagte der Tat nicht geständig ist), und *Genf* (StrPO 61 I);

c) für *Verbrechen und teilweise auf für Vergehen* in *St. Gallen* (StrPO Art. 7), *Graubünden* (StrPO 34 und Gesetz betr.

Ausscheidung der Kompetenzen der Gerichte vom 9. November 1890 Art. 2), *Luzern* (StrPO 174) und *Schaffhausen* (StrPO 39);

d) für *alle Verbrechen und Vergehen* in *Uri* (Anhang zum Justizreglement Art. 8), *Glarus* (StrPO § 24), *Tessin* (StrPO 57) und *Bund* (BG über die Bundesstrafrechtspflege Art. 49 III und MilStrGO 126 II).

Hieraus erhellt zweierlei. Einmal: Das Postulat der notwendigen formellen Verteidigung ist in den meisten kantonalen Gesetzgebungen noch nicht oder noch nicht in vollem Umfange durchgedrungen. Weiter aber: Die Gesetzgebungen der letzten Gruppe tun dar, dass dieses Postulat auch bei uns durchführbar wäre und dass in der Hauptsache nicht theoretische Bedenken, sondern Sparsamkeitserwägungen die kantonalen Gesetzgeber von der restlosen Verwirklichung dieses Postulates zurückhalten.

Rechtswohltat oder *staatliche Notwendigkeit?* Der Unterschied — das dürfte sich aus den bisherigen Ausführungen ergeben — ist identisch mit dem Unterschied zwischen der Verteidigung im *Einzelinteresse* und der Verteidigung im *Gemeininteresse.* Denn eine staatliche Notwendigkeit liegt nur dort und nur soweit vor, als das Gemeininteresse die formelle Verteidigung verlangt. Soweit dies aber geschieht, — und die Struktur des Anklageprozesses verlangt die formelle Verteidigung überall dort, wo eine formelle Anklage tätig wird — kann ihre Gewährung weder als Rechtswohltat qualifiziert, noch von der Rechtsgemeinschaft selbst oder dem Angeklagten aus irgend einem Grund abgelehnt werden.

Aus dieser Herleitung ergeben sich für die Verteidigung in der Form der *notwendigen formellen Verteidigung* folgende *charakteristische Eigentümlichkeiten:*

1. *Der Träger der Verteidigung ist gleich dem Träger der öffentlichen Anklage ein Vertreter der Rechtsgemeinschaft,* d. h. *ein Organ des Staates.*

Schon *Zachariae*[1]) hat das Amt des Verteidigers einen «*öffentlichen Dienst*» gleich dem des Anklägers genannt und

---

[1]) *Zachariae.* Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846.

Holtzendorff[1]) hat betont: «Man vergisst auch heute nur zu gerne, dass die Verteidigung des Angeklagten in demselben Masse *höchste Staatsinteressen* vertritt wie die Anklage, und dass zwischen beiden Tätigkeiten nur die Art des Wirkens eine verschiedene, das Ziel aber ein gemeinsames ist: Wahrheitsgemässe Rechtsentscheidung auf Grund unparteiischer Untersuchung.» Gleich den Genannten hat auch *Frydmann*[2]) die öffentliche Natur der Verteidigung erkannt, wenn er sagt, es widerstreite der Geschichte, den Tatsachen und der Vernunft, die Verteidigung lediglich als eine im Dienste der Individuen stehende Partei zu betrachten, und wenn er mit *Ortloff*[3]) versucht, dem *Staatsanwalt* den *Gesellschaftsanwalt* gegenüberzustellen, d. h. dem öffentlichen Ankläger als dem Vertreter des Staates den Verteidiger als den Vertreter der Gesellschaft. Denn Frydmann betont ausdrücklich, der Verteidiger vertrete ebenso ein *öffentliches Interesse* wie der Staatsanwalt, nur in entgegengesetzter Richtung, und seine Gegenüberstellung von Staats- und Gesellschaftsanwalt fällt mit dem Nachweis, dass dort, wo die Staatsgewalt auf der Gesamtheit des Volkes beruht[4]), eine hiervon verschiedene Gesellschaft nicht denkbar ist, ganz abgesehen davon, dass der Begriff «Gesellschaft» juristisch ungreifbar sein dürfte, weil es sich dabei um nichts Organisiertes handelt. Die «Gesellschaft» verkörpert vielmehr nur eine der Strafverfolgung entgegenwirkende Tendenz der Rechtsgemeinschaft, so dass dem Staatsanwalt als dem Vertreter der Rechtsgemeinschaft im Verteidiger ebenfalls ein Vertreter der Rechtsgemeinschaft gegenübertritt. Gegenüber den etwas dunkeln Ausführungen Frydmanns und Ortloffs pflichte ich daher *Hugo Meyer* bei, der in seiner Schrift «Die Parteien im Strafprozess» (1889) die Darstellung beider Tendenzen im Staate durchführt und den Staat sich selbst als Gegner im Strafprozess gegenüberstellt. Die Erklärung dafür, «warum der Staat die künstliche Konstruktion eines Parteiverfahrens mit sich selbst anwenden muss»[5]), so dass der

[1]) *Holtzendorff*. Die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft S. 49.
[2]) Verteidigung S. 65.
[3]) GS Bd. 47 S. 282 ff.
[4]) z. B. Verfassung des Kt. Zürich Art. 1.
[5]) Frage *Mittermaiers* in «Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft» S. 29.

Strafverfolgte reines Objekt eines Verhältnisses bleibt, das über ihn zwischen andern besteht, liegt, wie bereits mehrfach betont, im Grundgedanken des Anklageprozesses, der in der Verselbständigung des prozessualen Angriffs und der prozessualen Abwehr eine Hauptgarantie der Wahrheitserforschung erblickt.

2. *Der Träger der Verteidigung ist daher nicht der Mandatar des Angeklagten, sondern er ist von dessen Willen völlig unabhängig* [1]). Wenn vielfach zwischen dem *gewählten* und dem *bestellten* Verteidiger ein Unterschied gemacht wird [2]), kann dem nur dann beigepflichtet werden, wenn dieser Unterschied mit dem zwischen der *gewillkürten* und der *notwendigen* Verteidigung zusammenfällt. Die notwendige Verteidigung — und nur von dieser sprechen wir hier — kann in ihrer sachgemässen Durchführung vom Angeklagten nicht gehindert werden (sofern nicht eine positiv-rechtliche Regelung dies ausdrücklich gestattet), da ihr Träger, was vielfach in der Praxis übersehen wird, nicht gleich dem Zivilanwalt im *Einzelinteresse* des Angeklagten tätig ist, sondern als *Vertreter des Gemeininteresses* durch den Willen des Angeklagten in seiner Aktionsfreiheit nicht gestört werden darf [3]).

3. *Der Träger der Verteidigung ist allermindestens in der Hauptverhandlung mit all den Machtmitteln des öffentlichen Anklägers zu versehen,* weil eine nutzbringende Erörterung der Untersuchungsresultate nur auf dem Boden der absoluten Waffengleichheit durchgeführt werden kann.

4. *Der Träger der Verteidigung ist zur Einnahme des obligatorischen Parteistandpunktes verpflichtet,* d. h. er muss der Anklage stets entgegentreten, um vor dem Richter alles zum Ausdruck zu bringen, was dem staatlichen Strafrecht entgegenstehen könnte, weil er nur durch diese obligatorische

---

[1]) So *Frydmann,* l. c. S. 81, *Abegg,* Lehrbuch des Krim.-Proz. S. 245, *Planck,* Systemat. Darst. S. 168, *Mittermaier,* GS XI S. 92, *Ullmann,* Lehrbuch S. 255.

[2]) So *Holtzendorff,* HH I 405, *Geyer,* Lehrbuch 433. A. A. *Vargha,* Verteidigung S. 348 ff, *Frydmann,* l. c. S. 81 ff.

[3]) Seit nach zürcher. StrPO § 391 die Internierung gemeingefährlicher Geisteskranker möglich ist, bittet mancher Angeklagte aus Furcht vor der Internierung seinen Verteidiger, die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht aufzuwerfen. Vgl. hierzu schon *Mittermaier* in GS XI S. 92.

Gegensätzlichkeit zur Anklage diese zwingen kann, vollen Beweis zu erbringen, und weil er nur hierdurch seiner *öffentlich-rechtlichen Funktion* gerecht wird. Das Urteil soll, wie *Frydmann*[1]) richtig ausführt, mit logischer Folge aus dem Prozessstoft resultieren, und es soll zu diesem Zwecke der Widerspruch der Verteidigung die Anklage zu voller Beweisentfaltung zwingen.

VI. Der Träger der notwendigen formellen Verteidigung.

Das hier zu behandelnde Problem lässt sich folgendermassen formulieren: *Soll der Staat die Aufgabe der notwendigen formellen Verteidigung jedem anvertrauen, der auch als Wahlverteidiger bestellbar wäre, oder soll er gleich dem öffentlichen Anklageamt ein öffentliches Verteidigungsamt schaffen?*

Soweit unsere Gesetzgebungen über diese Frage Auskunft erteilen, lassen sich zwei scharf gesonderte Kategorien unterscheiden:

1. *Die notwendige formelle Verteidigung wird im Kehr den im Kanton praktizierenden Rechtsanwälten übertragen*[2]).

2. *Die notwendige formelle Verteidigung wird durch ein öffentliches Verteidigungsamt ausgeübt*[3]).

Bevor ich die Frage zur Entscheidung bringe, welchem der beiden Systeme de lege ferenda der Vorzug zu geben ist, erinnere ich daran, dass heute noch beide auch bei der Bestellung des Anklägers konkurrieren, indem z. B. der *Kanton Graubünden* in StrPO § 34 turnusweise Bestellung des öffentlichen Anklägeramtes aus der Zahl der praktizierenden Rechtsanwälte vorsieht und indem in *England* noch heute die namens der Krone erhobenen Anklagen von *Privaten* erhoben und vertreten werden. Anklage und Verteidigung unterscheiden sich demnach bezüglich der genannten Systeme nur insofern, als dort Ausnahme ist, was hier als Regel gilt.

---

[1]) l. c. S. 77.

[2]) So in *Schwyz* (StrPO 189 II), *Zug* (OG 76), *Solothurn* (StrPO 208), *Baselland* (Ges. betr. Vertretung in Zivil- und Strafprozess 8 II), *Thurgau* (Anwaltsgesetz § 11), *Bern* (StrPO § 264 II), *Zürich* und, ohne ausdrückliche Bestimmung, alle andern Kantone mit notwendiger formeller Verteidigung mit Ausnahme von Glarus, Luzern und St. Gallen.

[3]) So *Glarus* (StrPO § 24), *Luzern* (StrPO 7) und *St. Gallen* (StrPO 7).

Erachtet ein Staat die Verteidigung als derart notwendig, dass ohne sie der Zweck eines Strafverfahrens nur unvollkommen erreicht würde, darf es ihm nicht gleichgültig sein, wer als Verteidiger bestellt wird und er darf sich mit einer turnusweisen Bestellung aus der Zahl der praktizierenden Rechtsanwälte nur dann einverstanden erklären, *wenn er die Gewissheit hat, dass alle bestellbaren Personen dem verantwortungsvollen Amte gewachsen sein werden.*

Kann solche Gewissheit für den Kreis der bestellbaren Rechtsanwälte unbedenklich bejaht werden? Zwei Momente lassen mich diese Frage verneinen. Das erste Moment ist die Tatsache, dass heute auch im Anwaltsstande die *Spezialisierung* auf bestimmte Rechtsgebiete grosse Fortschritte macht. Gewiss soll jeder Rechtsanwalt jedes Rechtsgebiet kennen und zur Not in allen Sätteln gerecht sein. Aber gerade die hervorragenderen Vertreter streben über solche mehr handwerksmässige Betätigung hinaus und müssen sich, wollen sie die von ihnen bevorzugten Rechtsgebiete auch wissenschaftlich erfassen, gleich den Ärzten oder gleich den Vertretern der Rechtswissenschaft selbst, notwendigerweise spezialisieren, während die turnusweise Heranziehung aller Rechtsanwälte zur Verteidigung von der Anschauung ausgehen muss, dass jeder Rechtsanwalt jedes Rechtsgebiet in gleicher Weise beherrsche. Es kommt als zweites Moment hinzu, dass diese Spezialisierung hauptsächlich auf *Zivilrechtsgebieten* vor sich geht und in unsern Verhältnissen eigentliche « *Verteidiger in Strafsachen* » nicht vorkommen, weil Zivilprozesse nicht nur häufiger, sondern regelmässig gewinnbringender als Strafprozesse sind [1]). Gerade Zivilrechtler übersehen aber allzu leicht den Unterschied zwischen der Parteivertretung im Zivilprozess und der Verteidigung im Strafprozess.

Die Bestellung nach dem ersten System leidet daher an zwei Mängeln:

1. Sie bietet die Möglichkeit, dass dem strafrechtlich und strafprozessual auf der Höhe seiner Aufgabe stehenden öffent-

---

[1]) Speziell das *Honorar der amtlichen Verteidiger* wird im Interesse des Fiskus jeweilen derart bemessen, dass es nach niedrigstem Anwaltstarif höchstens als Entgelt für Aktenstudium und Hauptverhandlung angesehen werden darf und dass alle weitern Bemühungen in der Regel ohne Entschädigung bleiben.

lichen Ankläger ein Verteidiger gegenübertritt, der nicht über die gleichen Qualitäten verfügt.

2. Sie anvertraut die Ausübung einer notwendigen Staatsfunktion dem Idealismus und der Opferfreudigkeit eines Berufes, indem sie bei der notwendig geringen Remunerierung die Lasten einer Staatspflicht dem Rechtsanwaltsstande aufbürdet. Soll gar die Bestellung schon in der Voruntersuchung statthaben, könnte sich leicht auch bei uns jene Erscheinung einstellen, die der Pariser Parquet-Witz «Absenthéisme der Offizialverteidiger» genannt hat.

Man hat versucht, unter Beibehaltung des Prinzips der Privatverteidigung diese Mängel zu beheben, indem man den Turnus auf wenige Rechtsanwälte mit besonderer Eignung beschränkte oder die Auswahl des Verteidigers dem Angeklagten überliess oder eine Erhöhung des Honorars vorschlug. Die Beschränkung auf wenige wäre gewiss eine Verbesserung gegenüber dem gegenwärtigen Zustande, besitzt aber als Kompromissvorschlag alle Mängel eines solchen und würde vor allem bei Ausgestaltung zu einem *Ehrenamt* Kabalen und Abhängigkeiten rufen, die nicht im Interesse der Sache liegen. Noch weniger wäre die freie Wahl des Verteidigers durch den Angeklagten zu empfehlen, da eine solche Wahl dem Staate gar keine Garantie für Eignung bieten würde. Eine Erhöhung des Honorars hätte zwar eine intensivere Verteidigung zur Folge, liesse aber die Frage nur dringlicher erscheinen, ob nicht mit gleichen oder gar geringeren Kosten eine bessere Lösung gefunden werden könnte.

Eine solche Lösung sehe ich persönlich im *zweiten System: Schaffung eines öffentlichen Verteidigungsamtes, dessen Inhaber im Unterschied zur Staatsanwaltschaft von der Volksvertretung zu wählen wäre und sämtliche amtlichen Verteidigungen zu übernehmen hätte.*

Die Idee ist nicht neu. Die öffentliche Verteidigung kann als eigentlich *schweizerisches Rechtsinstitut* bezeichnet werden, weil sie heute noch, wenigstens in Europa, ausschliesslich in *schweizerischen* Gesetzgebungen in Geltung steht, nachdem der wesensähnliche «avocat des pauvres» im sardinischen Savoyen dem französischen Code d'instruction criminelle hat weichen müssen. Wie ich breits oben erwähnte, besitzen heute Glarus,

Luzern und St. Gallen ein öffentliches Verteidigungsamt, wobei der öffentliche Verteidiger in *Glarus* vom Regierungsrat, d. h. der *Exekutive,* in *Luzern* und *St. Gallen* dagegen richtigerweise vom Grossen Rat, d. h. der *Legislative* gewählt wird. Die Erfahrungen, welche man mit dieser Institution gemacht hat, sind durchweg gute und es hat speziell in St. Gallen anlässlich der 1912 erfolgten Revision der Strafprozessordnung der Regierungsrat in Übereinstimmung mit der Expertenkommission hervorgehoben, dass ein ständiger amtlicher Verteidiger *naturgemäss über mehr strafrechtliche Erfahrung* verfüge als die Mehrzahl der Privatanwälte, und dass er daher eher Gewähr biete «*für eine den öffentlichen wie den privaten Interessen förderliche Sachbehandlung*». Da insbesondere Glarus und Luzern nicht als besonders neuerungssüchtig bekannt sind und da das Glarnerische Obergericht selbst in einer Vernehmlassung zum Entwurf der heutigen Strafprozessordnung die dortige Regelung der Verteidigung als «*Normierung längst bestandener Übung*» bezeichnet, vermute ich beinahe, dass wir es hier mit einer m. E. viel konsequenteren direkten Weiterbildung des Inquisitionsprozesses zu tun haben, als sie uns durch den modernen Anklageprozess geboten worden ist. Denn diesen hat die Ähnlichkeit der Form allzu oft zur Aufnahme zivilprozessualer Gedanken verleitet.

Diese guten Erfahrungen haben *Bern* veranlasst, im Entwurf des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden von 1903 (Art. 83—90) eine eingehende Regelung der öffentlichen Verteidigung vorzusehen (seither leider wieder eliminiert) und *Zürich,* in StrPO § 12 die Bestimmung aufzunehmen: «Der Kantonsrat kann auf Antrag des Obergerichts ein Amt der öffentlichen Verteidigung schaffen.» Während es aber in beiden Kantonen bei Zukunftspostulaten geblieben ist, hat seither in *Amerika* dieses Institut rasche Fortschritte gemacht [1]). Nach einer Mitteilung der «Deutschen Strafrechts-Zeitung» IV S. 81 hat am 1. Januar 1914 die Grafschaft *Los Angeles* als erste in den Vereinigten Staaten das besoldete Staatsamt des Verteidigers (Public Defender) geschaffen, ihrem Vorgang sind

---

[1]) Vgl «Journal of the American Institute of criminal law and criminology» VI S. 274 ff, 557 ff, VII S. 18 ff.

neuerdings die Städte *Portland* (Oregon), *Omaha* (Nebraska), *Pittsburgh* (Pennsylvanien), *Houston* (Texas) und *Columbus* (Ohio) gefolgt und es wird die Ausdehnung dieser Einrichtung auf alle grössern Städte der Vereinigten Staaten erwartet.

Die Idee hat aber auch bereits eine *reichhaltige Literatur* gezeitigt, die ich im folgenden nach der Stellungnahme der einzelnen Autoren zusammenstelle:

Für die theoretische Zulässigkeit und praktische Durchführbarkeit haben sich ausgesprochen: Meyer (Die Parteien im Strafprozess S. 15), *Ruth* (Der Verteidiger im schweizerischen Strafprozessrecht S. 50 ff), *von Balogh* (Mitteilungen der IKV VIII S. 109 ff, 223 ff), *Ortloff* (Vorverfahren 1893 S. 54 ff), *Friedmann* (Grünh. Zeitschrift XVII S. 56 ff), *Binding* (Grünh. Zeitschrift VI S. 217), *Silovic* (Mitteilungen der IKV VIII S. 236), *Carrara* (I discorsi di apertura S. 173 ff), *Gautier* (Schweizerische Zeitschrift für StR XX S. 27 ff), *Thormann* (Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins Bd. XL, S. 257 und 317 ff), *von Schulthess-Rechberg* (Schweizerische Zeitschrift für StR XV S. 227 ff) und *Hellwig* (Zeitschrift für gesamte StRW XXXVIII S. 550 ff).

Für die theoretische Zulässigkeit unter Bedenken gegen die praktische Durchführbarkeit: Geyer (Lehrbuch S. 424), der praktische Schwierigkeiten und finanzielle Bedenken geltend macht, *Goltdammer* (Archiv VII 576), der vor den Kosten der Remunerierung zurückschreckt, *Suess* (Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozess S. 165—166), der das öffentliche Verteidigungsamt begrüsst, aber glaubt, «dass für absehbare Zeit weder das Geld im Staatshaushalt noch die erforderlichen Kräfte hierzu vorhanden sein werden», und endlich *Birckmeyer* (Lehrbuch S. 351), der ohne weitere Begründung erklärt: «Allein dieser Gedanke ist unausführbar».

Gegen die theoretische Zulässigkeit: Alimena (Procedura penale S. 255), *Schwarze* (Gerichtssaal 1864 S. 452) und *Mittermaier* (Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft S. 157), alle drei ohne eingehende Begründung. Dagegen motiviert *Hafter* (Schweizerische Zeitschrift für StR XV S. 362) seine ablehnende Haltung damit, dass es einem Staatsbeamten schwierig sein werde, die persönlichen Interessen des Angeschuldigten gegen den Staat zu vertreten, und dass nur der Privatanwalt das nötige Vertrauensverhältnis zum Angeklagten werde gewinnen

können. Ähnlich hat sich jüngst *Delaquis* (Zeitschrift für das gesamte StRW XXXVIII S. 543 ff) ausgesprochen, und auch *Wach* hat in seiner «Struktur des Strafprozesses» (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Karl Binding S. 25 ff) kategorisch erklärt, der Gedanke scheitere endgültig «an der unumstösslich festzuhaltenden Ordnung der Verteidigerwahl» und an der Forderung, «dass der Verteidiger Vertrauensmann des Beschuldigten sein soll».

Die Bedenken gegen ein öffentliches Verteidigungsamt lassen sich in folgende drei Momente zusammenfassen:

1. *Der Verteidiger kann nicht Staatsbeamter sein, weil er die Interessen des Angeklagten gegen den Staat vertreten muss* (Hafter, Alimena). Diese Anschauung geht entweder auf die Zweiteilung *Ortloffs* zurück (vgl. S. 17) oder sie stützt sich auf die Gegenüberstellung von *staatlichen Gemeinschaftsinteressen* und *egoistischen Interessen des einzelnen Angeklagten,* wobei die erstern durch den Staatsanwalt, die letzten durch den Verteidiger ihre Vertretung fänden. Auf beide Alternativen habe ich bereits im V. Abschnitt geantwortet. Ich kann nicht anerkennen, dass die notwendige formelle Verteidigung etwas anderes denn *Gemeininteressen* zu vertreten hat und etwas anderes denn ein Organ der Rechtsgemeinschaft ist. Mit *Binding* (Grünh. Zeitschrift VI S. 221) halte ich dafür, dass der folgerichtige Ausbau des Anklageprozesses dahin gehen muss, dass man sowohl die Vertretung des «Wider» wie die Vertretung des «Für» einem staatlichen Funktionär anvertraut. «Eine Hauptverhandlung, geführt von dem Vertreter des Staates als Kläger gegen den alleinstehenden Beschuldigten oder gegen den Beklagten und seinen Rechtsanwalt, muss immer den falschen Schein eines Kampfes zwischen dem Staate und dem Privaten, zwischen dem Horte des Rechts einerseits und dem Verbrecher und dem Anwalt des Verbrechers andererseits annehmen, und dies übt einen verhängnisvollen Druck auf die Träger der Beklagtenrolle im Prozess.»

2. *Man befürchtet eine Schwächung des Vertrauensverhältnisses, das zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger bestehen soll* (Hafter, Wach, Delaquis).

Bestimmt man mit dem Entwurfe zum bernischen Gerichtsorganisationsgesetz von 1903 die Aufgabe des öffentlichen Ver-

teidigers dahin, *dass kein Unschuldiger verfolgt und kein Schuldiger über ein gerechtes Mass bestraft werde,* wüsste ich nicht, inwiefern der vom Angeklagten bezahlte Privatverteidiger in Rechten und Pflichten hiervon verschieden wäre und auf ein grösseres Vertrauen des Angeklagten Anspruch erheben dürfte. Gleich dem Privatverteidiger darf auch der öffentliche Verteidiger *nie zu Ungunsten des Angeklagten* tätig werden (obligatorischer Parteistandpunkt), gleich ihm hat er alles vorzukehren, was zur Entlastung des Angeklagten geboten erscheint, wobei er gleichfalls vom Angeklagten absolut unabhängig ist und auch dann auf Freisprechung plädieren darf, wenn der Angeklagte selbst aus irgend einem Grunde eine Tat auf sich nehmen will, die er gar nicht begangen hat. Gewiss wird der Angeklagte in ihm nie den gefügigen Helfer besitzen, den er sich durch die Drohung mit Mandatentzug dienstbar machen kann, aber diese Möglichkeit ist beim bestellten Verteidiger überhaupt nicht gegeben und sie ist Gott sei Dank nicht gegeben. Denn gerade in der Unabhängigkeit seiner Entschliessungen liegt, wie wir bereits früher gesehen haben, ein wichtiges Moment seiner Mitwirkung und die notwendige Vorbedingung seiner Tätigkeit im öffentlichen Interesse. «Leur action», sagt *von Balogh*, «ne relèverait point de la volonté de l'inculpé, car ils ne seraient pas les mandataires de l'inculpé, de même que le procureur n'est pas le représentant de la partie civile; ils seraient les mandataires des intérêts judiciaires qui ne se conformeraient pas aux intérêts égoistes, souvent illégitimes de l'inculpé, mais agiraient toujours en vue de la justice objective» (Verhandlung der IKV VIII 126).

3. *Die Einführung der öffentlichen Verteidigung scheitert an ihrer praktischen Undurchführbarkeit wegen der damit verbundenen Kosten* (Geyer, Goltdammer, Suess).

Dieser Einwand muss je nach den regionalen Verhältnissen beantwortet werden. Im Hinblick auf unsere *zürcherische* Rechtspflege habe ich persönlich in der «N. Z. Z.» vom 20. Januar 1917 die Kostenfrage geprüft und ich bin zum Resultate gelangt, dass bei gleichbleibender Ausdehnung der notwendigen formellen Verteidigung eher eine Ausgabenverminderung zu erwarten wäre, wie denn auch der zürcherische Regierungsrat im Entwurf zur zürcherischen StrPO vom 21. November 1901 die Ein-

führung der öffentlichen Verteidigung vor allem aus dem Gesichtspunkt einer wahrscheinlichen Kostenersparnis empfohlen hat (S. 334), so dass allermindestens für Zürich dieser Einwand keine Bedeutung besitzt.

Als *theoretische und praktische Vorteile eines öffentlichen Verteidigungsamtes* betrachte ich:

1. *Theoretisch richtiger Ausbau des Akkusationsprozesses und Verwirklichung des Prinzips der Waffengleichheit durch Gleichstellung von Anklage und Verteidigung.*

2. *Endliche Anerkennung des Gedankens, dass Anklage und Verteidigung stets und ausschliesslich im öffentlichen Interesse tätig sind.*

3. *Unabhängigkeit gegenüber den Wünschen des Angeklagten und grössere Leistungsfähigkeit infolge Spezialisierung und fachmännischer Ausbildung.*

VII. Prinzipale oder subsidiäre öffentliche Verteidigung.

In einer Besprechung meiner in der «N. Z. Z.» gemachten Anregungen hat Professor Dr. *E. Delaquis* in der Zeitschrift für die gesamte StRW XXXVIII S. 543 ff den Einwand erhoben, es müsste bei Einführung der öffentlichen Verteidigung zwecks Gleichstellung von Reich und Arm der Privatverteidiger überhaupt eliminiert werden. Ich stelle daher zum Schlusse die Frage: *Hätte ein öffentliches Verteidigungsamt stets* **prinzipal** *in Aktion zu treten oder nur* **subsidiär** *bei Fehlen eines Wahlverteidigers?*

Betrachtet man die Gewährung der öffentlichen Verteidigung als *Rechtswohltat* für den weniger begüterten Angeklagten, erscheint es sowohl vom Standpunkt des Staates als auch des Angeklagten selbst unverständlich, dass man diese Wohltat dem reichen Angeklagten, der ihrer gar nicht bedarf, auch dann aufzwingen will, wenn er deutlich den Willen bekundet hat, selbst den Verteidiger zu stellen. Anders gestaltet sich aber die Sachlage, wenn man mit mir von der formellen Verteidigung als einer *staatlichen Notwendigkeit* ausgeht. Verlangen

die Bedürfnisse der Rechtspflege eine formelle Verteidigung, darf man sich nicht mit der *rein formellen* Erfüllung, der Bestellung *irgend eines* Verteidigers zufrieden geben, sondern muss *sachgemässe formelle Verteidigung* verlangen, und man darf es nicht dem Angeklagten überlassen, aus Dummheit einen Unfähigen oder aus verbrecherischer Absicht einen gewissenlosen Verteidiger mit der Wahrung seiner Interessen zu betrauen, wobei darauf hingewiesen werden mag, dass z. B. nach der zürcherischen StrPO der Angeklagte «jede im Besitze der bürgerlichen Ehren und Rechte stehende Person» (StrPO § 8) zum Verteidiger bestellen kann, da das Anwaltsgesetz nur die *berufsmässige* Führung von Zivil- und Strafprozessen den Rechtsanwälten vorbehält. Ist man der Auffassung, dass die Erörterung der Beweisresultate vor dem erkennenden Richter nur wertvoll sein kann, wenn dem spezialisierten Ankläger auch ein gleicherweise vorgebildeter Verteidiger gegenübertritt, darf man die Ausübung dieser notwendigen staatlichen Funktion nicht einfach auf gut Glück der Wahl und den Geldmitteln des Angeklagten überlassen.

Theoretisch und praktisch entspricht daher ein öffentliches Verteidigungsamt als *Obligatorium* dem konsequenten Ausbau des Anklageprozesses, gemildert lediglich durch die Möglichkeit, dass sich der Angeklagte *neben* dem öffentlichen Verteidiger zu seiner persönlichen Untersützung und selbstverständlich aus eigenen Mitteln einen oder mehrere *Privatverteidiger* bestellen kann. Diese letztere Konsequenz haben unter den Befürwortern der öffentlichen Verteidigung vor allem *Meyer* und *von Balogh* gezogen, hat doch der letztere an der Versammlung der IKV in Budapest ausdrücklich erklärt: «L'inculpé aurait toujours le droit de nommer un conseil qui agirait concurremment avec le défenseur public, à l'instar du conseil de la partie civile, auquel le droit hongrois confère le droit (§§ 50—52), d'agir concurremment avec le procureur pour rassembler les preuves à charge.» Wenn in jener Versammlung Professor Tanoviceanu (Bukarest) gegen ein solches Privileg der Reichen protestierte, vergass er, dass es nicht in der Macht der Gesetzgebung liegt, solche Privilegien überhaupt aufzuheben und dass speziell hier die Gesetzgebung höchstens das Auftreten des Privatverteidigers in der *Hauptverhandlung* verbieten könnte.

VIII. Schlussfolgerung.

Die Erörterung über die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren führt demnach zu folgendem Resultat:

Die formelle Verteidigung ist in allen denjenigen Strafsachen eine staatliche Notwendigkeit, für welche der Gesetzgeber die Form des Akkusationsprozesses gewählt hat. Als Parallele zum staatlichen Anklägeramt ist ein öffentliches Verteidigungsamt wünschenswert, das zu gleicher Zeit wie jenes in das Verfahren eintritt und richtigerweise für bemittelte und unbemittelte Angeklagte obligatorisch erklärt werden sollte, wobei es dem Angeklagten freizustellen ist, neben dem öffentlichen Verteidiger noch einen oder mehrere Privatverteidiger mit der Wahrung seiner Interessen zu betrauen. Der Bau des modernen Anklageprozesses wird seinen Abschluss erst mit dem Tage erhalten, da der Magistratur des Offizialklägers die *Magistratur des Offizialverteidigers* entgegentritt, das von der Volksvertretung gewählte «*Tribunato ufficiale della difesa*» *Carraras!*

Zu Ciceros Lehrstück von der medicina animi.

Von Dr. phil. ERNST HOFFMANN in Berlin-Friedenau.

Strafrecht und Ethik wären nicht, wenn es das Böse nicht gäbe. Die Ethik will den einzelnen nach Möglichkeit davon heilen; das Strafrecht die Gesellschaft nach Möglichkeit davor schützen. Platon, der als erster den tiefsten Sinn der Strafe in der Besserung gesehen hat, hat auch als erster die Tätigkeit des Richters und des Morallehrers eine ärztliche genannt. Keine Schule aber hat jemals den sittlichen Zustand der Menschheit für verdorbener, verseuchter erachtet als die Stoa. So gut wie alle Menschen galten ihr für Toren, Sünder, Wahnsinnige; für gesund nur die auserwählten Weisen: Sokrates, Diogenes, Antisthenes. Daher ist auch das Lehrstück von der Philosophie als medicina animi in seiner stoischen Fassung am berühmtesten geworden; noch die heutige Terminologie der Ethik hängt von ihr ab; wenn Kant in der Metaphysik der Sitten von der Pflicht der Apathie, von moralischer Gesundheit und Krankheit, von Affekten und Habitus spricht, so geht dies alles auf die eigentümlich pathologische Signatur der stoischen Morallehre zurück.

Geht man dem Grundgedanken des stoischen Lehrstückes nach in der Form, wie es im dritten Buch von Ciceros Tuskulanen überliefert ist, so ergibt sich eine Schwierigkeit, die meines Wissens bisher unbemerkt geblieben ist.

Die Philosophie als Heilkunde für die Seele ist vonnöten, so führt Cicero aus, da wir die Fünklein und Samenkörner der Tugend, die die Natur in uns hineingelegt hat, völlig vernichten, indem wir uns mit mannigfachen Trugbildern infizieren. Den ersten Irrtum

saugen wir mit der Milch der Amme ein; es folgt die Korruption durch elterliche Beeinflussung; in der Schule rottet dann das Herkommen den Rest der natürlichen Anlagen aus; die Lektüre tut noch ein übriges; und schliesslich vollendet das Volk, an fünfter und letzter Stelle, durch seine Verführungen und Lockungen den Sieg des Truges über die Wahrheit. Ein Beispiel illustriert diese Depravierung des Naturgewollten durch ein allmählich eindringendes Trugbild [1]: Durch all diese Schädigungen, die Heredität, Milieu und Konvention verursachen, wird das echte Bild des wahren Ruhmes, der in dem einstimmigen Lobe der Guten besteht, ersetzt von dem Trugbilde des durch Volksgunst erworbenen Ruhmes, der zur Lasterhaftigkeit verführt. So werden durch den Infektionsstoff der Idole die Krankheiten der Seele bewirkt, dies sind die Affekte. Als Gesundheit gilt, auf Grund der alten, seit Alkmaion bestehenden Tradition, Einklang, Ruhe, Gleichmass; Krankheit ist Erregung, Störung. Das bedingt ein festes Heilziel, tranquillitas, für die es nur ein Rezept gibt, ein sehr radikales, aber nicht zu ersetzendes Mittel: die Apathie. Die Affekte als solche müssen ausgerottet, die Leidenschaften in Gefühle umgewandelt werden, in denen die Strebung aufgehoben ist. Statt Begierde Wunsch, statt Furcht Vorsicht. Der Charakter der Affekte ist der von chronischen Epidemien, die die ganze Menschheit ohne jede Ausnahme ergriffen haben. Dennoch sind die Chancen der Heilung gut: Die Seele hat den Erfolg durch ihren eigenen Willen in der Hand. Ist die Apathie erreicht, der Wille gegen jede Erschütterung gesichert, so ist ein Rückfall dem Begriffe nach ausgeschlossen. Der Weise, der durch die Apathie zur Autarkie und Eudämonie gelangt, ist eine Spezies für sich, alle andern sind Toren, und kontradiktorische Gegensätze lassen keine Zwischenglieder zu.

Dies in Kürze das Dogma, wie es bei Cicero steht. Das Motiv ist in der Stoa mannigfach variiert worden, bei Seneka finden wir es sogar in religiöser Umdeutung. Die Römer hatten Anlass, an totale Verseuchung der Menschheit zu glauben, so fand das Lehr-

---

[1]) Es scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, dass Bacons Lehre von den Idolen mit Cicero im Zusammenhang steht, und dass der Name «Trugbilder» letzten Endes auf Platons Phaidon, Kap. XI, zurückgeht, wo in dem nämlichen Sinne von *εἴδωλα παντοδαπά* geredet wird.

stück schnell Eingang in die Popularphilosophie, und Horaz [1]) kann es als so bekannt voraussetzen, dass er mit dessen Terminologie seine eigenen Ansätze zum Stoizismus verspotten darf.

Am Eingang des Lehrstückes nun steht ein Satz, der den bisher wiedergegebenen Anschauungen widerspricht. Cic. Tuscul. III, 1, 2: Quodsi talis nos natura genuisset, ut eam ipsam intueri et perspicere eademque optima duce cursum vitae conficere possemus, haud erat sane, quod quisquam rationem ac doctrinam requireret. Unmittelbar hierauf folgt die Lehre von den Idolen. Diese setzte voraus, dass eine von Natur gesunde Anlage durch Infektion zerstört ist, aber geheilt werden kann; jener Satz aber erklärt unsere Anlage selbst, unser Denkorgan, für verfehlt, für verkehrt erschaffen. Dort verderben wir gesunde Keime, hier ist der Keim selbst krank, da die „Natur uns nicht so geschaffen hat, dass wir sie unmittelbar anschauen und durchschauen können".

Der Widerspruch tritt besonders deutlich zutage, wenn man sich einen stoischen Heilungsprozess vorstellt. Man nehme den Fall, dass jemand an dem Affekt der Todesfurcht leidet. Da lautet das Rezept folgendermassen: Todesfurcht beruht auf dem Urteil, dass der Tod ein Übel ist. Wäre das Urteil richtig, so müsste es für jedermann gelten. Für Sokrates galt es nicht, also ist es kein notwendiges und objektiv gültiges, kein wahres Urteil. Also der Affekt ist unbegründet. Oder das Rezept lautet: Wer den Tod fürchtet, wünscht, ein längeres Stück Zukunft zu haben. Ich kann aber weder Vergangenheit noch Zukunft haben, in puncto temporis pendeo (Seneka, Nat. quaest. VI, 32), ich erlebe die Zeit immer als Gegenwart. Jener Wunsch zielt also auf Unmögliches. Oder ein drittes Rezept: Todesfurcht haben heisst wünschen, dass etwas, was einen Anfang gehabt hat, kein Ende habe. Der Tod ist dem Leben nicht fremd, sondern immanent. Leben und Tod sind in gleicher Weise Natur. Wünsche ich Leben, so wünsche ich Natur; wünsche ich Natur, so muss ich auch Tod wünschen. — Man sieht, die Befreiung von den Affekten ist nur auf logischem Wege möglich; falsche Urteile müssen durch richtige ersetzt werden. Die Affekte sind das Unlogische, daher die Krankheitsnamen: Amentia, dementia. Richtiges Denken muss also möglich sein, Wahrurteile und Werturteile müssen wir bilden können, unsere Denkstruktur muss in Ordnung

[1]) Epist. I, 1, 33 ff. Der Spott liegt darin, dass Horaz an Stelle einer sachgemässen Behandlung eine antiquierte Wunderkur setzt.

sein. Das ist die Bedingung des ganzen Lehrstückes von der medicina animi. Diese Bedingung aber wird durch den einleitenden Satz vernichtet. Es ist klar, dass hier zwei Lehren ineinander geflossen sind, die nichts miteinander zu tun haben; erstens eine logische Doktrin, die von einem Defekt unseres Erkenntnisorgans handelte, zweitens eine ethische Theorie, welche in der Klärung der Begriffe und Urteile das zureichende Mittel zur Läuterung der Affekte erblickte.

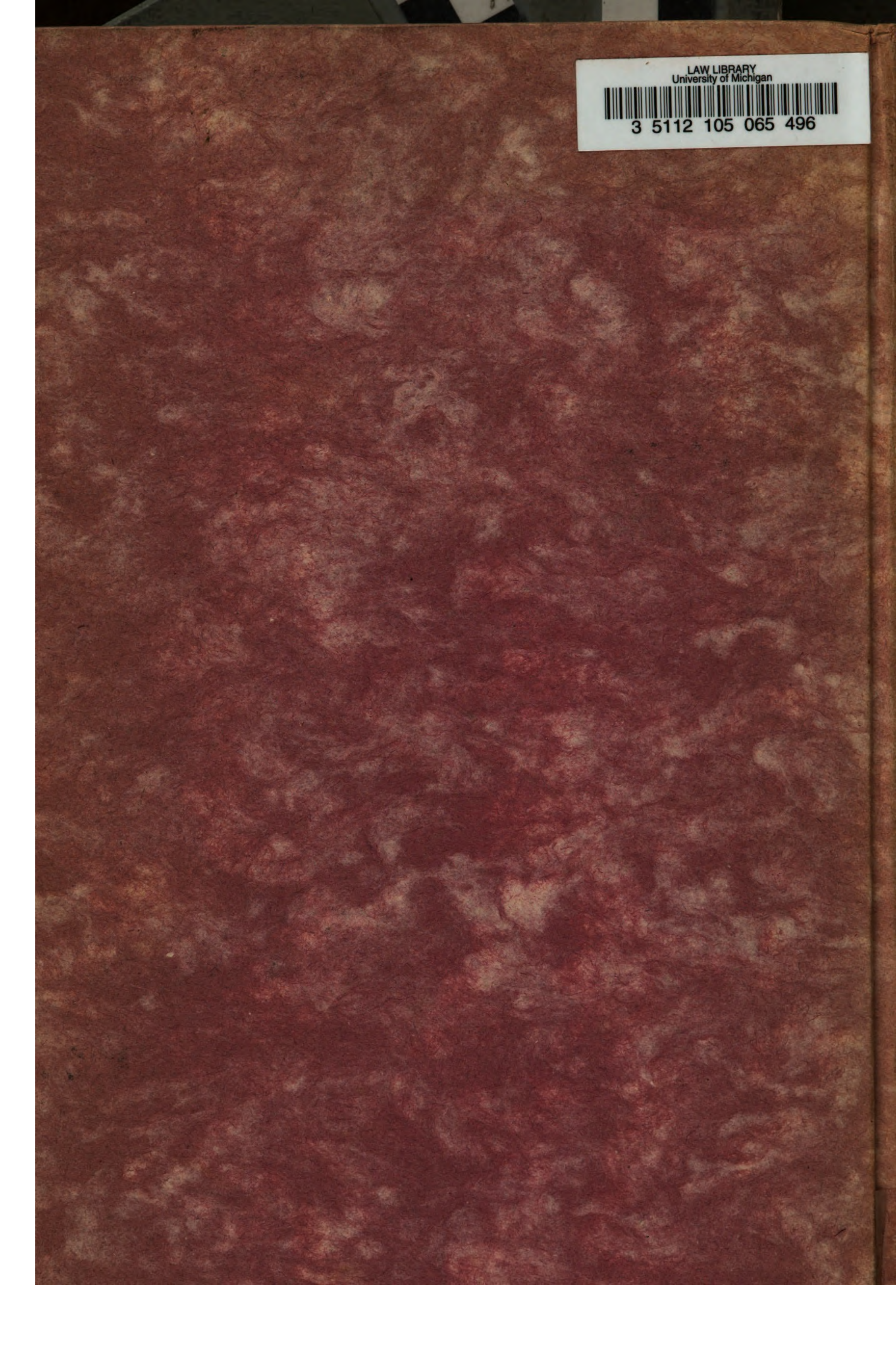
In der Tat sind wir imstande, beide Lehren an ihren ganz getrennten Quellpunkten zu fassen. Die logische Doktrin, die in jenem Einleitungssatze enthalten ist, geht allerletzten Endes zurück auf Platons Erkenntnistheorie. Platon nimmt grundsätzlich zwei verschiedene Erkenntnisstufen an: ein Erkennen durch vernünftiges Denken und eines durch sinnliches Wahrnehmen. Aber an verschiedenen, besonders betonten Stellen teilt er diese beiden Stufen weiter in je zwei Unterabteilungen, je nachdem das Erkennen ein solches von Originalen oder von Abbildern ist. So erhalten wir vier Erkenntnisstufen: eine allerunterste, wo ich ein Abbild sinnlich wahrnehme, z. B. das Bild eines Baumes im Wasser; eine höhere, wo ich das Original selbst sehe, ein Akt, der zwar blosse Wahrnehmung, Tätigkeit eines körperlichen Organes, ist, aber rein als Akt beurteilt ein Akt von grosser Vollendung, denn ich sehe den Gegenstand der Wahrnehmung im Original, als Totalität; soweit er sichtbar ist, sehe ich ihn ganz; die dritte Stufe, noch höherwertig, liegt vor, wenn ich etwa eine mathematische Figur als Dreieck denke; dies ist ein geistiger Akt und steht als ideeller Vorgang hoch über jeder Sinneswahrnehmung; aber in einer Hinsicht ist er unvollkommener als das originale Sehen: So wie das Auge in einem einmaligen Akt unmittelbar die Totalität des Baumes perzipiert, kann das Denken seine Objekte nicht ausdenken, es erfasst das wahre Sein nur vermittelt, nur in Begriffen, also in Abbildern (Phaidon, Kap. 48: *ἐν τοῖς λόγοις τὰ ὄντα ἐν εἰκόσι*). Das Ideal des Denkens wäre erst erreicht, wenn eine oberste Stufe möglich wäre, die sich zu dem begrifflichen Denken verhielte, wie das Sehen von Originalen zu dem Sehen von Abbildern; die ein intellektuelles Schauen, ein Erfassen der Ideen in ihrem Selbst wäre. Dieses und nur dieses bedeutet auch jenes intueri et perspicere bei Cicero. Platon lässt die Möglichkeit dieser Intuition für eine bestimmte Art philosophischer Mania zu. Das ist aber nichts für die Stoa. Wo die Emotion

anfängt, hört der Stoizismus auf. Gibt es Intuition nicht auf rationaler Basis, so gibt es sie für den Stoiker überhaupt nicht, so hat das Denken eben einen Defekt. Was man später diskursives Denken nannte, galt dem Cicero oder seiner stoischen Quelle als krankes Denken.

Die ethische Theorie von der heilenden Kraft wahrer Erkenntnisse für die Leidenschaften und Triebe der Menschen hat ebenfalls ihren Ursprung bei Platon, aber in einer ganz andern Provinz seiner Lehre. Im Dialog Gorgias ist die Philosophie auch Heilkunde, der Philosoph Arzt, die Laster Krankheiten, die Befreiung eine Kur. Platons medicina animi ist freilich viel tiefsinniger als die der Stoa und ethisch unendlich wertvoller, weil er den Begriff der seelischen Gesundheit in der Ideenlehre verankert. Er kuriert auch nicht derartig wie die Stoa mit einem Universalmittel; er weiss, dass es neben der logischen Reinigung noch andere Kuren geben muss, auch schmerzhafte Zuchtmittel und empfindliche Strafen, und dass man vor allem durch pädagogische Prophylaxe, durch moralische Gymnastik und Diätetik vielem vorbeugen kann. Dass aber ein Wollen des Guten nicht ohne das Wissen darum möglich sei, und dass die Idole unausgesetzt dies Wissen des Guten bedrohen, gehört zu den Grundvoraussetzungen seiner Lehre.

Auf welchen Wegen die beiden, ursprünglich platonischen Motive bis in das ciceronische Proömium gelangt sind, kann nicht mehr festgestellt werden. Wahrscheinlich lag bei seinem Gewährsmann eine echte, systembildende Problemverschlingung innerhalb des Lehrstückes vom *λόγος σπερματικός* vor, worauf die semina und igniculi deuten. Cicero hätte dann die Verschlingung verkannt und den Sachverhalt vergröbert.

Der Fall, dass zwei fremde Motive vermischt sind, liegt in denjenigen Schriften häufiger vor, aus denen wir unsere Kenntnis der Stoa beziehen müssen. Die originalen Texte ihrer grossen Denker sind uns verloren. Aber auch aus den abgeleiteten Quellen ist uns das Ethos ihrer Lehre noch heute spürbar: Sie zeigten, wie es Kant einmal ausgedrückt hat, „in den praktischen Prinzipien, wodurch sie den Samen zu den erhabensten Gesinnungen, die je existierten, ausstreuten, unendlich viel Würde".


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 105 065 496